BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XXII
D
41
NAPOLI

Digitized by Google

TRACTATVS
DE
TESTAMĒTIS

AUTHORE

P. FRANCISCO PINHEIRO
LVSITANO GOVVEENSI,
SOCIETATIS JESV,
DOCTHORE THEOLOGO;

IN EBORENSI ACADEMIA
OLIM PRIMARIO SACRÆ THEOLOGIÆ
Magiſtro, & ejuſdem Academiæ
Cancellario:

TOMVS SECVNDVS

CONIMBRICÆ:

Cum Priuilegio, & Sup. Gratiâ.

Apud JOSEPHVM FERREYRA, Vniuerſit. Typograph.
Anno Domini M.DC.LXXXIV.

Digitized by Google

FACVLTAS PATRIS PROVINCIALIS SOCIETATIS IESV Prouinciæ Luſitanæ.

LUdouicus Aluarez Societatis IESU Prouincialis Prouinciæ Luſitanæ, authoritate mihi conceſſa à Reuerendo admodum P.N. Generali Ioanne Paulo Oliua, facultatem concedo, ut imprimi poſsit tractatus *de Teſtamentis*, compoſitus à P. D. Franciſco Pinheiro ejuſdem Societatis. In cujus fidem præſentes literas dedi manu propria ſubſcriptas, & ſigillo mei muneris munitas. Vlyſſipone 2. Iulij anno Domini 1676. *Ludouicus Aluarez.*

MAndatis Illuſtriſsimorum DD. Inquiſitorum ſupremi Senatus ſanctæ Inquiſitionis hujus Regni Luſitaniæ obtemperans, vidi, & attentè perlegi tractatũ *de Teſtamentis*, compoſitum à P. D. Franciſco Pinheiro ſacræ Religionis Societatis Iesv Alumno, & in alma Eborenſi Academia Primario Theologiæ Magiſtro, & Cancellario; nihilque fidei, aut bonis moribus diſſonum inueni; imò opus doctum, Catholicum, ac omnibus numeris abſolutum deprehendi. Quapropter luce, & prælo dignum judico. In noſtro Conuentu Ulyſſiponenſi D. Antonij, die 1. Octobris 1676. *Fr. Emmanuel à D. Athanaſio.*

DE mandato ſupremi Concilij ſanctæ Inquiſitionis perlegi, & reuidi tractatum *de Teſtamentis*, elaboratum à P. Franciſco Pinheiro, Doctore Theologo Societatis Iesv; nihilque in eo inueni à fide orthodoxa, vel bonis moribus deuium; imò potiùs, vt materiâ proficuum, ſtylo grauum, reſolutionibus fæcundum, ſententijs firmum, prælo & luce dignum judico. Vlyſſipone, in Conuentu S. Dominici, die 6. Maij 1677. *Fr. Benedictus à S. Thoma.*

Licença da Meza Geral do S. Officio.

VIſtas as informaçoẽs, podeſe imprimir eſte liuro, cujo titulo, *tractatus de Teſtamentis*, Author o P. Doutor Franciſco Pinheiro, & impreſſo tornarà pera ſe conferir, & ſe dar licença pera correr, & ſem ella não correrà. Lisboa 22. de Iunho de 677.

Manoel Pimentel de Souſa. Manoel de Moura Manoel.
Fr. Valerio de S. Raymundo.

Licença do Ordinario.

POdeſe imprimir, viſtas as licenças do S. Officio. Coimbra 2. de Iulho de 677.
D. Fr. Aluaro Biſpo Conde.

Licença da Meſa do Paço.

QUe ſe poſſa imprimir viſtas as licenças, & depois de impreſſo tornarà à Meſa, pera ſe taxar, & conferir: & ſem iſſo não correrà. Lisboa 2. de Abril de 1680.
Roxas. Baſto. Rego. Lamprea.

VIſto eſtar conforme com ſeu original pòde correr eſte liuro. Lisboa 18. de Ianeiro de 1684.
Manoel Pimentel de Souſa. Manoel de Moura Manoel. Ieronymo Soares. Ioam da Coſta Pimenta. Bento de Beja de Noronha.

TAixão eſte liuro em reis em papel. Lisboa 16. de Ianeiro de 1684.
M. P. Roxas. Baſto. Rego. Lamprea. Noronha.

Digitized by Google

TOMVS SECVNDVS DE TESTAMENTIS

DISPVTATIO IV.

De Subſtitutionibus.

SECTIO I.

Quid, & quotuplex ſit ſubſtitutio?

SVMMARIVM.

SVbſtitutio rectè definitur, Secunda inſtitutio. *Et quo pacto id verificetur? num.* 1.

Fideicommiſſarius uniuerſalis ſit hæres in effectu, vbi hæreditas ei reſtituitur, ibid.

Etiam ſubſtitutio, qua quis vocatur in tertio gradu, vel alio vlteriori, dicitur ſecunda inſtitutio, num. 2.

Subſtitutio prout etiam in legatis, fideicommiſsis, & donationibus cauſâ mortis fieri poteſt, quomodo definiatur? numer. 3.

Subſtitutio diuiditur in Directam, & Indirectam, ſeu Fideicommiſſariam. Et qua ratione hæc membra inter ſe differant? num. 4.

Subſtitutio directa eſt præſtantior, & ſimpliciter fauorabilis; indirecta verò magis dicitur odioſa; ibid.

In dubio cenſetur ſubſtitutio potiùs directa. In aliquibus tamen caſibus præſumitur potiùs indirecta, ſeu Fideicommiſſaria; num. 5.

Directò ſubſtitutus propria authoritate capit hæreditatem, & nullam patitur diminutionem: ſecus verò ſubſtitutus indirectè, ſeu per fideicommiſſum; numer. 6.

Etiam in legatis, fideicommiſsis, & donationibus cauſâ mortis fieri poteſt ſubſtitutio directa, & indirecta, ſeu Fideicommiſſaria; n. 7.

Quando fit reſtitutio ſubſtituto per Fideicommiſſariam in legatis, vel fideicommiſsis, etiam vniuerſalibus, non detrahitur Trebellianica; num. 8.

Quando in legatis, vel fideicommiſsis

facta eſt ſubſtitutio Fideicommiſſaria deſcenſiua per plures gradus, ſub tali Fideicommiſſaria continetur Vulgaris ſeu directa inter ipſos ſubſtitutos; ibid.

Subſtitutio Vulgaris, & Directa in legatis, & fideicommiſsis, etiam vniuerſalibus, fieri poteſt in codicillis; eod. num. 8 *fine.*

*Quot ſint ſpecies ſubſtitutionis? num.*9.

Vulgaris ſubſtitutionis definitio traditur, & explicatur; num. 10.

Qui non poteſt teſtari, non poteſt directè ſubſtituere; ibid.

Pupillaris ſubſtitutionis definitio; n. 11.

Si teſtator ita dicat: Inſtituo filium meum, & ſi ille non erit hæres, vel, ſi intra pupillarem ætatem poſt mortem meam deceſſerit, ſubſtituo illi Seium: *eſt duplex ſubſtitutio expreſſa, Vulgaris ſcilicet, & Pupillaris; ibidem.*

Pupillaris ſubſtitutio fuit introducta fauore impuberum; num. 12.

Secundùm jus commune, neque pater viuente auo impuberis, neque etiam auus viuente patre, poteſt ipſi impuberi pupillariter ſubſtituere: & quomodo id ſit intelligendum? num. 13.

De jure autem Luſitano poteſt pater ſubſtituere filio impuberi, etiam viuente auo; ibid.

Exemplaris ſubſtitutio quæ ſit? & à quibus fieri poſsit? num. 14.

Subſtitutio Reciproca, quæ etiam dicitur Breuiloqua, definitur, & explicatur; num. 15.

Subſtitutio Compendioſa quomodo definiatur? & quibus verbis fiat? num. 16. *&* 21.

Vtrum ſubſtitutio Compendioſa fieri poſſit ſub conditione citra mortem, vt, Si inſtitutus aliquid fecerit, *vel* quandocumque aliquid fecerit? *num.* 17. *& ſeqq.*

Quomodo ſubſtitutio Compendioſa à reliquis differat? num. 20.

Subſtitutio Compendioſa etiam puberi, & extraneo fieri poteſt; ibid.

Subſtitutio Compendioſa non poteſt fieri verbis obliquis; num. 21.

Militaris ſubſtitutio definitur, & explicatur; num. 22.

Optima formula ſubſtitutionis Militaris; num. 23.

Si ſubſtitutio Militaris concepta ſit per verba communia, an debeat cenſeri directa, vel potiùs Fideicommiſſaria? ibid.

Subſtitutio Fideicommiſſaria definitur, & explicatur; num. 24.

Fideicommiſſa vnde dicantur, & in quo à legatis differant? num. 25.

POſt inſtitutionem hæredis, de qua ſuperiori diſputatione dictum eſt; ſequitur vt dicamus in præſenti de ſubſtitutionibus; cùm ſint ſuccedaneæ ipſi inſtitutioni, & proximè ad illius naturam accedant, vt jam ex dicendis conſtabit.

1 Subſtitutio igitur definiri ſolet, *Secunda inſtitutio.* Quam definitionem tradit Gloſ. *in Rubr. ff. de Vulgari,* & ibi DD. eaque tenenda eſt, cùm ſit communiter recepta, licèt nonnulli aliter definiant, vt videri poteſt apud Rip. *ind. Rubr. ff. de Vulgari* Donel. *de Iure Ciuili, lib.* 6. *cap.* 23. *poſt princip.* Trentacinq *in proæmio tract. de Subſtitution. num.* 2. Mol. *diſp.* 182. *num.* 1. & alios, quos refert Fuſar. *tract. de Subſtitution. q.* 1. *num.* 1 Quo pacto autem ſubſtitutio, de qua hic agimus, ſit ſecunda inſtitutio, conſtat facilè, quia omnes ſubſtitutiones ex quibus hæreditas alicui defertur, conueniunt in hoc, quòd deficiente inſtituto, ſeu vocato in primo gradu ad hæreditatem teſtatoris, ſiue quia non poteſt, aut non vult eſſe hæres, ſiue quia deſinit eſſe in rerum natura, vel alio modo, vocatur ſeu ſubſtituitur alius, qui loco illius ſit hæres; ſuccedendo in hæreditatem, ſiue ipſius teſtatoris ſubſtituentis, ſiue alterius, pro quo ille teſtatus eſt, vt infra cùm egerimus de ſingulis ſpeciebus ſubſtitutionis conſtabit. Et talis ſecunda vocatio eſt, & dicitur meritò, *ſecunda inſtitutio.* Quòd maximè intelligitur in ſubſtitutionibus directis, quę propriè ſunt inſtitutiones ſecundi gradus; indirectæ namque ſeu Fi-

fideicommiſſariæ, ſolùm lato modo ſubſtitutiones, & inſtitutiones dicuntur, quatenus ſcilicet per illas etiam vocatur ſubſtitutus ad hæreditatem, quæ ei reſtituta, ſit hæres in effectu, dum ad illum tranſeunt omnia commoda, & incommoda hæreditaria, ita vt in eum dentur omnes actiones, quæ jure Ciuili hæredi, & contra hæredem competerent, *l. 1. ff. Ad Trebel. §. Reſtituta, & §. Sed quia, Inſt. de Fideicommiſ. hæred.* Ita explicat, & latiùs declarat Doncl, *d. c. 23. verſ. Ita quid, ad fin.*

2 Cæterùm, cùm audis, *ſubſtitutionem eſſe ſecundam inſtitutionem*, intellige tam ſubſtitutionem, qua quis vocatur ad hæreditatem in ſecundo gradu, (ideſt, qua vocatur immediatè poſt inſtitutum, qui dicitur eſſe in primo gradu) quàm etiam, qua vocatur in tertio, quarto, & quouis alio gradu vlteriore. Poſſunt namque dari plures ſubſtituti, non ſolùm conjunctim, ſed etiam ordine ſucceſsiuo in infinitum, ex quibus, qui immediatè vocantur poſt inſtitutum, dicuntur eſſe in ſecundo gradu, deinde qui proximè ſequuntur, in tertio, & ſic de reliquis, *l. 1. & ibi Gloſ. in princip. ff. de Vulgari* cum alijs. Omnes autem ejuſmodi ſubſtitutiones, etiam in gradu valde remoto, dicuntur ſecundæ inſtitutiones, quia ſequuntur poſt ipſam primam inſtitutionem: ad eũ modum, quo omnes nuptiæ poſt primum matrimonium dicuntur ſecundæ, *l. Siquis prioris*, 8 *§. Talem, & ibi Gloſ. verb. Secundo thoro, Cod. de Secundis nuptijs.* Atque ita in ſpecie tradit Rolandinus *tract. de Teſtam. qui habetur. tom. 8. tract. rubr. 21. num. 1.*

3 Illud etiam notandum, quòd in præſenti ſolùm agitur de ſubſtitutione in hæreditate, ſeu qua hæredi datur ſubſtitutus: ſi enim loquamur de ſubſtitutione, prout etiam in legatis, fideicommiſsis, & donationibus cauſâ mortis, fieri poteſt, vt probat *l. Hæredibus, ff. de Leg. 2. l. Si legata, C. de Legatis, l. vnic. §. Pro ſecundo, & §. Sin autem ſub conditione, verſ. Quod ſi, C. de Caduc. tol.* & tradit communis DD. quos latè refert eos ſequẽs Fuſar. *de Subſtit. q. 13.* optimè illam definit Molina *d. diſp. 181. n. 1.* in hunc modum. *Eſt vnius, aut plurium, in alterius, aut aliorum locũ ad rem aliquam in vltima voluntate facta vocatio.* Cujus definitionis explicationem habes apud eundem Molinam. Ea tamen nobis non inſeruit, cũ ſolùm agamus de ſubſtitutione in hæreditate: quare de hac tantùm ſunt intelligenda, quæ in progreſſu hujus diſputationis dicemus, vbi aliud non fuerit ſpecialiter notatum.

Diuiditur dicta ſubſtitutio in Directam, & Indirectam, ſeu Fideicommiſſariam. Directa eſt, quando hæreditas defertur ſubſtituto abſque miniſterio alicujus, qui illam reſtituat. Indirecta eſt, quando hæreditas defertur ſubſtituto mediante altero, qui eam illi reſtituat, vt quando hæres ſcriptus grauatur hæreditatem, vel partem hæreditatis alicui reſtituere. Harum ſubſtitutionum plures ſunt differentiæ, & valde diuerſi effectus, vt ex dicendis conſtabit: præſtantior autem eſt ſubſtitutio Directa, & magis fauorabilis, Bald. *in cap. vlt. num. 2. de Re judicata*, imò ſimpliciter eſt fauorabilis, nam Indirecta magis dicitur odioſa; ſiquidem imponit grauamen, *l. Cohæredi, §. Cum filio, ff. de Vulgari, l. Ex tribus, juncta Gloſ. ibi, Cod. de Inoffic. teſtament.* & notat Mantica *lib. 5. de Conject. vlt. volunt. tit. 1. numer. 4.* 4

Unde in dubio, an ſubſtitutio aliqua ſit directa, vel Fideicommiſſaria, cenſenda potiùs eſt directa, vt tenet communis ſententia, quam relatis plurimis tradunt Mantica *loco citat. num. 3.* & Fuſar. *de Subſtitut. q. 6.* & habetur expreſsè *in cap. 1. de Teſtament. in 6.* Quòd tamen intelligitur, niſi ex fortiori præſumptione aliunde deſumptâ contraria voluntas teſtatoris demonſtretur, vt notat cum alijs idem Mantica, *numer. 10.* & Fuſar. *dict. quæſt. 6.* vbi ponit plures caſus, in quibus ſubſtitutio præſumitur potiùs Fideicommiſſaria. 5

Eſt etiam directa ſubſtitutio potentior, quàm Fideicommiſſaria, nam directò ſubſtitutus propria auctoritate capit hæreditatem, & nullã patitur diminutionẽ: 6

Digitized by Google

ſubſtitutus verò indirectè, ſeu per fideicommiſſum, capit de manu alterius, & regulariter cum diminutione quartæ Trebellianicæ, *d. cap.* 1. *de Teſtament. in* 6. & DD. communiter *in l. Centurio, ff. de Vulgari, & in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitution.*

7 In legatis quoque, fideicommiſsis, & donationibus causâ mortis fieri poteſt ſubſtitutio directa, & indirecta, ſeu Fideicommiſſaria, vt notat Molin. *d. diſp.* 182. *num.* 5 & cùm multis alijs Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 15. *num.* 2. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 13. *num.* 1. Si enim quis leget hoc modo. *Lego hanc domum Seio, ſi autem ille me viuo moriatur, aut eam repudiet, lego illam Titio*, fit Titius ſubſtitutus in tali legato per Vulgarem, quæ eſt ſubſtitutio directa: ſi autem legatum fiat hoc modo, *Relinquo hanc domum Seio, qui poſt decem annos, vel per mortem ſuam eam reſtituet Sempronio*, erit Sempronius ſubſtitutus in eo legato per Fideicommiſſariam. Et idem cum proportione procedit in fideicommiſsis etiam vniuerſalibus, & in donationibus causâ mortis; cùm in his omnibus pari ratione fieri poſsit ſubſtitutio, vt per jura, & DD. *num.* 3. allegatos.

8 In multis verò hujuſmodi ſubſtitutiones differunt à ſubſtitutionibus directis, & indirectis, quæ fiunt in hæreditate. Nam cùm detractio Trebellianicæ locum habeat reſpectu ſubſtituti per Fideicommiſſariam in hæreditate, ea tamen non detrahitur quando fit reſtitutio ſubſtituto per Fideicommiſſariam in legatis, vel fideicommiſsis, etiam vniuerſalibus, vt notat Molina tum *diſp.* 182. *num.* 5 tum *diſp.* 187. *num.* 2. *per text. in l.* 1 *§. Denique, & § Inde Neratius, & ibi Gloſ. ff. Ad Trebel.* & alia jura, & ex quibus idem tradit alter Molin. *lib.* 1. *de Primog. cap.* 17. *num.* 30. & Emman. à Coſta *in cap. Si pater, p.* 2. *verſ. Trebellianica, num.* 15. eſtque communis ſententia. Præterea, quando in legatis, vel fideicommiſsis facta eſt ſubſtitutio Fideicommiſſaria deſcenſiua per plures gradus, vt cùm aliquid relinquitur pluribus ordine ſucceſsiuo, itaut primus reſtituat ſecundo, & ſecundus tertio, &c. Sub tali Fideicommiſſaria continetur Vulgaris, ſeu directa inter ipſos ſubſtitutos, itaut ſi primus, vel alius inferior nolit, aut non poſsit capere, capiat ſequens, vt eſt communis ſententia, quam relatis multis tradit Peregr. *tract. de Fideicom. art.* 15. *n.* 5. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 13. *n.* 8. *& q.* 369. *n.* 37. *cum ſeqq.* vbi latè id probat. In ſubſtitutione autem Fideicommiſſaria, qua hæres grauatur reſtituere hæreditatem, non continetur Vulgaris, ſeu directa, vt bene probat Peregr. *de Fideicom. art.* 34. *n.* 11. per text. *in l. Ille à quo §. Si de teſtamento, ff. Ad Trebel. & in l. Si nemo, ff. de Regul. jur. & in l. Eam quam, C. de Fideicom. & in l. Non juſtam, C. Ad Trebel.* Denique licèt ſubſtitutio directa in hæreditate nequeat fieri in codicillis, *l.* 2. *C. de Codicil. cum concord.* tamen Vulgaris, & directa in legatis, & fideicommiſsis, etiam vniuerſalibus, fieri poteſt in codicillis, vt cum Emman à Coſta, docet, ac bene probat Mol. *diſp.* 182. *n.* 13. *fine.*

9 Quinque autem celebres ſubſtitutionum ſpecies diſtingui ſolent, Vulgaris, Pupillaris, Exemplaris, Reciproca, ſeu Breuiloqua, & Cōpendioſa: illis verò jure optimo additur Militaris directa: & communiter etiam agi ſolet de ſubſtitutione Fideicommiſſaria, tanquam de peculiari ſpecie. Quare de his omnibus hoc eodem ordine nobis agendum eſt; & propterea ſingulæ earum definitiones ante omnia proponendæ, & quaſi ſub vno aſpectu ſubjiciendæ ſunt; quia vix vlla eſt quæſtio circa aliquam ex dictis ſpeciebus in qua cæteræ ſpecies non attingantur, & non oporteat teneri mente propriam cujuſque rationem.

10 Vulgaris ergo ſubſtitutio ita definitur. *Eſt ſecunda inſtitutio directa, quæ à quolibet teſtatore, & reſpectu cujuſcumque hæredis fieri poteſt.* Sic definiunt Jaſ. *in l.* 1. *num.* 13. *ff. de Vulgari*, Ripa, *ibid. numer.* 46. Ant. Gom. *tom.* 1. *Var. cap.* 3. *numer.* 1. Fuſar. *de Subſtitution. quæſt.* 18. *numer.* 1. & alij. Fit optimè hæc inſtitutio per hujuſmodi verba: *Si Titius*

à me

Digitized by Google

à me inſtitutus mihi hæres non fuerit, tunc Seius hæres eſto, l. 1. ff. de Vulgari. Appellatur Vulgaris, eo quod omnibus pateat, tam actiuè, quàm paſsiuè, id eſt, à quolibet, & cuilibet nullo diſcrimine fieri poſsit: cùm autem dicitur, poſſe à quolibet teſtatore fieri, per quemlibet teſtatorem, intelligitur quicumque validè teſtari poteſt: nam qui non poteſt teſtari validè, ſiue ob impotentiam de jure, ſiue de facto, nequit etiam vulgariter ſubſtituere: hujuſmodi namque ſubſtitutio, & quælibet alia, per quam hæreditas datur directo, ſolùm fieri poteſt in teſtamento, ſecluſis priuilegijs, vt eſt notiſsimum per *l. Hæreditas, Cod. de Pactis conuentis,* & alia jura. Et ſic quacumque ex cauſa quis teſtari non poteſt, ſubſtituere etiam directò non poteſt.

11 Pupillaris ſubſtitutio ſic definitur, ſeu deſcribitur à Molina *d. diſp.* 182. *num* 10. juxta *l. 2. ff. de Vulgari, & Inſt. de Pupillari ſubſt. in princip. Eſt ſubſtitutio directa, qua teſtator libero impuberi in poteſtate ipſius conſtituto, neque per mortem ejuſdem teſtatoris in alterius poteſtatem recaſuro, hæredem inſtituit, qui ipſi impuberi ſuccedat.* Alij aliter definiunt, vt videre eſt apud Leonium, *de Subſtit. tit. de Pupillari, num. 1. & ſequentib.* vbi plures definitiones adducit, & expendit, ſed non oportet in eis immorari: nam omnes in idem recidunt, nec ſunt meliores, quàm quæ propoſita eſt. Forma ſeu exemplum hujus ſubſtitutionis eſt, quando teſtator expreſsè, vel tacitè, ſeu virtualiter in hunc modum diſponit. *Inſtituo hæredem filium meum, & ſi ille poſt mortem meam intra pupillarem ætatem deceſſerit, ſit hæres illius Seius,* vel, *Subſtituo illi Seium.* Quod ſi dicat: *Inſtituo hæredem filium meum, & ſi ille hæres non fuerit, vel intra pupillarem ætatem poſt mortem meam deceſſerit, ſuccedat illi Seius,* vel, *inſtituo,* aut *ſubſtituo Seium:* erit tunc duplex ſubſtitutio expreſſa: altera Vulgaris, quatenus in euentu, quo filius non ſit hæres, vt ſi moriatur ante ipſum teſtatorem, is ſibi hæredem inſtituit Seium; altera Pupillaris, quatenus etiam in euentu, quo filius poſt mortem ipſius teſtatoris, hæreditate jam adita, decedat intra pupillarem ætatem, hæredem ipſi filio inſtituit eundem Seium.

Hæc inſtitutio fuit introducta per leges fauore impuberum, id eſt, non haben- 12
tium ætatem quatuordecim annorum, ſi ſint maſculi, vel duodecim, ſi fæminæ. Cùm enim ante pubertatem non poſsint teſtari, prouidit jus, vt pater, in cujus poteſtate eſſent, poſſet in ſuo teſtamento inſtituere illis hæredem, pro caſu quo illi poſt obitum ipſius patris ante annos pubertatis moriantur. Vnde quando pater tali modo ſubſtituit, cenſetur condere duplex teſtamentum: alterum quo ſibi inſtituit hæredem: alterum, quo dat hæredem filio, ſic habetur *§. Igitur, Inſtit. de Pupillari ſubſtit.*

Dicitur autem in prædicta definitio- 13
ne, *Neque per mortem ipſius teſtatoris in alterius poteſtatem recaſuro.* Quia ei, qui recaſurus eſt, non poteſt pupillariter ſubſtitui; *l. 2. in princip. ff. de Vulgari;* vnde ſecundùm jus commune, neque pater, viuente auo, poteſt pupillariter ſubſtituere filio, cum is de jure communi non ſit in poteſtate patris, dum auus viuit: neque auus viuente patre, poteſt ſubſtituere pupillariter nepoti, licèt illum habeat in poteſtate, quia per mortem aui recaſurus eſt in poteſtatem patris: ſi tamen ſubſtituat, & pater ante ipſum auum moriatur, valebit ſubſtitutio: vt conſtabit ex dicendis *ſect. 3. §. 5. numer.* 532. *&* 535. De jure autem Luſitano *lib. 4. Ordin. tit.* 87. *§.* 7. poteſt pater ſubſtituere pupillariter filio, non obſtante, quòd auus viuat, quia ſecundùm hoc jus, filius non eſt in poteſtate aui, ſed patris.

Subſtitutio Exemplaris ſic definiri 14
poteſt, *Eſt ſubſtitutio directa, qua pater, vel mater, vel alius aſcendens, juxta ſui gradus prærogatiuam, hæredem conſtituit ſuo deſcendenti laboranti aliquo naturali, & perpetuo impedimento, propter quod teſtari non poteſt, vt furioſo, mentecapto, ſurdo, & muto à natiuitate.* Ita ſumitur ex *leg. Humani-*

tatis, *Cod. de Impuberum*, & *alijs ſubſtit.* & *ex §. Qua ratione*, *Inſt. de Pupillari ſubſt.* ex jure Luſitano *lib.* 4. *Ordin tit.* 87. §. 11. Dicitur hæc ſubſtitutio Exemplaris, quia fit ad exemplum Pupillaris, hoc modo, *Inſtituo hæredem Petrum, filium, vel nepotem meum, & ſi ille deceſſerit durante furore, quo laborat, ſit ejus hæres Paulus.*

15 Subſtitutio Reciproca, quæ etiam Breuiloca dicitur, *Eſt ſubſtitutio, in qua ſub vnica verborum conceptione plures inſtituti adinuicem ſubſtituuntur.* Sic Barthol. & alij *in l. Lucius, ff. de Vulgari*, Menoch *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *num.* 2. & Fuſar. plures referens *tract. de Subſtit. quæſt.* 254. *n.* 1. Forma hujus ſubſtitutionis eſt, quando teſtator poſtquam inſtituit plures hæredes in ſuo teſtamento, addit hæc, aut ſimilia verba, *Quos ſubſtituo inter ſe.* Cæterùm cùm hæc ſubſtitutio plures in ſe contineat; cenſent multi DD. eam non eſſe peculiarem ſpeciem ſubſtitutionis, ſed complexionem multarum: Rectiùs tamen alij dicunt, eam eſſe peculiarem ſpeciem quoad formam, non autem quoad effectum. Hoc verò ad quæſtionem de nomine videtur ſpectare; & nihil refert, vtrùm hoc, aut illo modo ſentias.

16 Subſtitutio Compendioſa definitur, *Eſt ſubſtitutio, quæ ſub conditione mortis, vel aliâ, plura tempora complectitur.* Sic Barth. *in l. Centurio ſub num.* 9. *ff. de Vulgari*, & alij inter quos latè hanc definitionem probat, & declarat Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 34. *num.* 2. & *ſeqq.* Fit hæc ſubſtitutio, quando teſtator his, aut ſimilibus verbis vtitur, *Inſtituo hæredem meum Petrum, & quandocumque ille morietur*, vel *poſt ejus mortem, aut per mortem illius, inſtituo, vel ſubſtituo Paulum, vel deueniat hæreditas mea ad Paulum.* Quam formam ponit Ordinatio Luſit. *lib.* 4. & *tit.* 87. §. *vlt.* eaque ab omnibus approbatur, etiam de jure communi, ac præſertim quando mortis conditio apponitur per aduerbium diſtributiuum, *Quandocumque.*

17 Dicitur autem in definitione, *Quæ ſub conditione mortis, vel aliâ*, quia etiam ſub alia conditione, quàm mortis, poteſt fieri Compendioſa. Quod quidem dubio caret, ſi intelligatur de alia conditione vltra mortem, vt, *Si deceſſerit ſine filijs, l. Centurio*, 15. *ff. de Vulgari, cap. Raynutius, & cap. Raynaldus, de Teſtam.* Si vero intelligatur de alia conditione citra mortem, vt ſi inſtitutus aliquid fecerit, videtur huic intellectui obſtare, quòd in eadem definitione additur de complexione plurium temporum: nam hæc tempora communiter intelliguntur non eſſe alia, quàm pupillaris ætatis, & pubertatis, itaut ſenſus ſit, Compendioſam eſſe, quæ fit impuberi, tam pro caſu quo decedat in ætate pupillari, quàm poſt illam: quod vtrique non ſtat abſque conditione mortis cum complexione temporum diuerſorum, & incompatibilium: juxta quorum diuerſitatem, variæ ac diuerſæ ſubſtitutiones in iſta continentur, nam ſi inſtitutus decedat antequam eſſet pubes, erit Pupillaris, ſi poſtquam factus eſt pubes, & hæreditatem adiuerat, Fideicommiſſaria, ſi verò neq; ante neq; poſt pubertatem hæreditatem adiuit, eſt Vulgaris. Quando autem ſubſtitutio fieret ſub aliqua conditione citra mortem, vt v.g. *Quandocumq; inſtitutus in patriam redierit*, licèt talis ſubſtitutio comprehendat etiam plures ſpecies, nimirum Vulgarem; ſi inſtitutus redeat antequam adeat hæreditatem: & Fideicommiſſariam, ſi redeat poſt hæreditatem aditam, attamen non comprehendit illas ob complexionem diuerſorum temporum, ex quorum varietate inducantur, ſed quia complectitur alios caſus diuerſos, ſcilicet aditæ, & non aditæ hæreditatis. Unde non videtur comprehendi in tradita definitione, & conſequenter non eſſe Compendioſa, ſaltem propriè, & ſimpliciter.

18 Nihilominus tamen ſubſtitutionem Compendioſam fieri etiam poſſe ſub cōditione citra mortem, vt quandocumque inſtitutus aliquid fecerit, vel aliquid fuerit aſſecutus, tenent communiter DD. Barthol. *in d. l. Centurio*, *num.* 9. & ibi Aretin. *num.* 7. Jaſ. *num.* 22. & *in fine.* Socin.

Digitized by Google

cin. ſen. *num.* 18. Ruin. *num.* 30 *ff. de Vulgari* Alberic. *in Rubr. ff. eod.* Couar. *in cap. Raynutius*, §. 9. *num.* 2. *de Teſtam.* Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 34. *num.* 6 & alij. Quia propria ratio Compendioſæ conſiſtit in eo, quòd verborum compendio contineat plures ſubſtitutiones expreſsè factas eidem inſtituto; maximèque ad illam ſpectat, quòd contineat Vulgarem, & Fideicommiſſariam, vt declarat Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 8. licèt non ſit neceſſarium quòd illas contineat, vt bene probat Mantic. *lib.* 5. *de Conject. vlt. vol. tit.* 3. *num.* 19. Quando autem ſubſtitutio ſit ſub dicta conditione citra mortem, continet expreſsè verbis generalibus Vulgarem, pro caſu quo conditio eueniat antequam inſtitutus hæreditatem adeat; & Fideicommiſſariam, pro caſu quo eueniat poſt hæreditatem aditam, vt omnes fatentur; ergo eſt propriè Compendioſa.

19 Neque obſtat quod in contrarium adduximus ex verbis definitiuis. Reſpondetur enim primò juxta Aretin. *d. num.* 7. & Peregrin. *ſuprà num.* 4. Cùm in definitione Cõpendioſæ dicitur, quòd complectitur plura tempora, ſubaudiendum eſſe, vel plures caſus diuerſarum ſubſtitutionum. Reſpondetur ſecundò, & melius juxta Molinam *diſp* 192. *num.* 3. etiam in ſubſtitutione, quæ ſub conditione citra mortem continet Vulgarem, & Fideicommiſſariam, verificari, quòd complectatur plura tempora, quatenus ſcilicet complectitur tempus ante aditam, & poſt aditam hæreditatem, idque ſufficere vt cenſenda ſit Compendioſa, cùm propter talem complexionem contineat plures ſubſtitutiones. Id quod etiam eſt de mente Cardinalis Manticæ *lib.* 5. *de Conject. vlt. vol. tit.* 3. *num.* 15. vbi probat quòd etiam tempus ante, & poſt aditam hæreditatem, licèt ſit vniforme, diſtinguit ſpecies ſubſtitutionum, & illius complexio ſufficit ad Compendioſam. Quamobrem etiam prædictæ ſubſtitutioni conuenit propriè definitio ſupra tradita, cujus vltima particula non ſolùm debet intelligi de temporibus ante, & poſt pubertatem, ſed etiam ante, & poſt hæreditatem aditam.

20 Ex tradita definitione ſic explicata intelligitur primò, quomodo Compendioſa differat à cæteris ſubſtitutionibus; nam per hoc, quòd verborum compendio plures ſubſtitutiones expreſsè comprehendat, differt à Vulgari, Pupillari, Exemplari, & Militari, quæ ſunt ſubſtitutiones ſimplices; & per hoc, quòd contineat plures per reſpectum ad diuerſa tempora, differt à Breuiloca, ſeu Reciproca, quæ licèt plures etiam ſubſtitutiones contineat, tamen non continet illas per reſpectum ad diuerſa tempora, ſed per reſpectum ad diuerſas perſonas mutuò inter ſe ſubſtitutas. Intelligitur ſecundò, ſubſtitutionem Compendioſam non ſolùm poſſe fieri libero impuberi, ſed etiam puberi, & extraneo, vt notant Peregrin. & Molin. *loc. citat.* idque tam ſub conditione mortis, quàm ſub quauis alia: nam ſi inſtitutus ſit pubes, vel extraneus, eique fiat ſubſtitutio, quandocumque morietur, vel quandocumque fuerit conſul, erit ſubſtitutio Compendioſa continens Vulgarem, & Fideicommiſſariam, vt ſatis ex dictis liquet. Licèt autem in hoc ſint diuerſæ opiniones, tamen omnes conueniunt, quòd talis ſubſtitutio ſaltem habebit effectum Compendioſæ, eritque ſimul Vulgaris, & Fideicommiſſaria, vt videre eſt apud Fuſar. *d. q.* 223. *num.* 27. *& ſeq.* vbi refert Emman. à Coſta *in cap. Si pater, in princip. num.* 13. *de Teſtament. in* 6. & alios.

21 Aduerte autem, vt ſubſtitutio ſit Compendioſa, opus eſſe vt fiat per verba directa, vel communia; nam ſi fiat per verba merè obliqua, vt dicendo; *Quandocumque filius meus morietur, reſtituat hæreditatem Antonio*, talis ſubſtitutio erit tantùm Fideicommiſſaria, & ſic Compendioſa non erit; cùm de ratione Compendioſæ ſit, quòd contineat plures ſubſtitutiones: ſic Barthol. *in d. l. Centurio, ſub num.* 32. *ff. de Vulgari*, quem ibi ſequuntur Ripa *num.* 101. Socin. jun. *numer.* 274. & plures alij quos citant, & ſequuntur Peregr. *d. art.* 34. *num.* 11. & Fuſar.

ſar. *d q* 223. *num.* 4. qui tamen *num.* 14. id cum alijs limitat, vt non procedat, quando verba obliqua eſſent relata ad ipſum teſtatorem, vt ſi diceret, *Poſt mortem filij mei, ex nunc reſtituo hæreditatem Titio.*

22 Militaris ſubſtitutio directa dicitur, ac definitur, *Qua quis ex militari priuilegio hæredi à ſe in aliquod limitatum tempus inſtituto ſubſtituit alium, qui poſt tale tempus ſuccedat directò in hæreditatem, nihil obſtante, quod fuerit adita, & acquiſita per inſtitutum.* Dicitur, *Qua quis ex militari priuilegio*, quia illi tantum, qui hujuſmodi priuilegio gaudent, poſſunt hanc ſubſtitutionem facere: nam quemadmodum ſolis militibus, ſeu ijs, qui ex militari priuilegio teſtari poſſunt, permittitur in jure, quod poſsint decedere partim teſtati, ac partim inteſtati, ita illis tantùm indultum eſt, vt poſſint directo hæredem reſtituere vſque ad certum tempus, & ex certo tempore, ſeu, vt etiam dici ſolet, ad diem, & ex die, *l. In fraudem*, 16. §. 1. *verſ. Miles, & l. Miles*, 41 *ff. de Milit. teſtam.* cum alijs, & dictum à nobis eſt *diſp. præced. ſect.* 7. *concl.* 1. & 3. Qui autem hoc priuilegio gaudeant, diximus ſatis *diſp* 2 *ſect.* 7. §. 3. *à num.* 175. & tradit latiſsimè Simon de Præt. *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 2. *dub.* 1. *ſolut.* 8. *à num.* 2. & Trentac. *de Subſtitut. p* 4 *cap.* 8. *num.* 5. *& ſeqq.*

23 Formulas; ſeu verba, ſub quibus hæc ſubſtitutio poteſt concipi, ponit idem Præt *num.* 21. Optima forma videtur eſſe, quando teſtator, inſtituto v.c. filio pubere, vel Titio extraneo diceret: *Poſt mortem filij mei*; vel, *poſt mortem Titij*; vel, *poſt decem annos ſit meus hæres Sempronius*; vel, *inſtituo hæredem Sempronium.* Subſtitutio ita facta per gaudentem priuilegio militari, cùm ſit concepta per verba directa, eſt extra controuerſiam Militaris directa. Si autem non concipiatur per verba communia: vt *Subſtituo Sempronium*, vel, *ſuccedat Sempronius*, non conuenit inter DD. an tunc cenſenda ſit Militaris directa, vel potiùs Fideicōmiſſaria, qualis de jure communi futura eſſet? Couar. *in cap. Raynutius, §. 9. num. 13. de Teſtament.* & alij tenent, cenſendam eſſe Fideicommiſſariam; quòd in dubio, an miles voluerit teſtari, & diſponere, ſecundùm jus commune, vel juxta ſuum priuilegium, cenſendus potiùs ſit, voluiſſe diſponere ſecundùm jus commune. Nihilominus Barth. *in l. Centurio, num.* 12. *ff. de Vulgari*, Simon de Præt. *d ſolut.* 8. *ſub num.* 21. vbi alios refert, Molina *diſp.* 192 *num.* 18. & communior ſententia docet meritò, illam ſubſtitutionem cenſendam eſſe directam; quia cùm verbum commune tam ſubſtitutioni directæ, quàm indirectæ aptari poſsit, & in caſu propoſito dubitetur, vtra earum à milite facta cenſeatur? ſequenda eſt regula *cap.* 1. *de Teſtament.* quòd in dubio, an ſubſtitutio ſit directa, vel indirecta? cenſenda potiùs eſt directa, vt etiam à nobis cum communi dictum eſt *ſupra, num.* 5. Limitat autem Prætis *ſub d. num.* 21. cum Barth. & alijs, niſi ſubſtitutio facta eſſet filio matrem habenti: tunc enim in fauorem matris non directam, ſed obliquam cenſendam poſt pubertatem. Si vero ſubſtitutio reperiatur facta verbis obliquis, citra dubium eſt, eſſe tunc Fideicommiſſariam; vt cum Couar. & alijs notat idem Prætis *loco citat.*

Subſtitutio Fideicommiſſaria, ſeu in- 24
directa, jam *ſupra, num.* 4. explicatum eſt, quænam ſit? Variè autem definiri ſolet à DD. quorum tamen definitiones in eo tantùm differunt, quòd quædam aptiùs, quædam minùs aptè, naturam hujus ſubſtitutionis declarant. Communior videtur eſſe, quam tradit Fuſar. *de Subſtitut. q.* 266. in hunc modum, *Eſt ſubſtitutio, per quam quis hæreditatem de manu hæredis capit.* Aptiùs fortaſſe definiri poſſet: *Eſt ſubſtitutio, qua inſtitutus grauatur à teſtatore, vt acquiſitam hæreditatem alteri reſtituat in totum, aut ex parte.* In qua definitione expreſsè apponitur propria differentia, per quam hæc ſubſtitutio differt à directis, ſeu ijs, quæ Fideicommiſſariæ non ſunt; quia per has non grauatur inſtitutus reſtituere

hære-

hæreditatem, ſed ſolùm in caſu, quo ille non ſit hæres, aut deſinat eſſe hæres, vocatur ſubſtitutus ad hereditatem, & ſit propriè hæres, qualis non ſit, qui ſuccedit per Fideicommiſſariam; per quam ſolum conſequitur commodum hæreditatis, non autem titulum, & prærogatiuam hæredis, ſicut nec jus ſepulchri hæreditarij, *l. Ius ſepulchri, Cod. de Religioſ. & ſumpt. funer.* Molin. *diſp.* 188. *num.* 6. Fuſar. *de Subſtitution q.* 219. *num.*2. & communis.

Dicitur hæc ſubſtitutio Fideicommiſ-
25 ſaria; quia per eam fidei hæredis committitur, vt hereditatem reſtituat ſubſtituto: generaliter enim fideicommiſſa nomen, & ſubſtantiam à fide hæredis acceperunt, vt dicitur *§. vlt. in princip. Inſt. de Fideicommiſſar. hæredit.* Vnde fideicommiſſum propriſsimè dicitur, quando teſtator aliquid relinquit, rogando, vel mandando hæredi, vt illud præſtet, ſeu reſtituat: & in hoc diſtinguitur à legato (quamuis aliàs per omnia exæquentur *l.* 1. *ff. de Leg.* 1.) quod legatũ relinquitur ſimpliciter, vt dicẽdo, *Relinquo talem rem Titio*: & ſic definitur, *Eſt donatio quædam à defuncto relicta, l. Legatum, ff. de Leg.* 2. Cùm autem per ſubſtitutionem, de qua loquimur, grauetur fides hæredis, vt reſtituat hæreditatem, continetur in illa proprium fideicõmiſſum, illudque vniuerſale, cùm ſit de re vniuerſali, qualis eſt hæreditas; & ideo ipſa ſubſtitutio dicta eſt Fideicommiſſaria, & qui per illam ſubſtituitur, fideicommiſſarius vniuerſalis appellatur. His ita conſtitutis circa naturam, & partitionem ſubſtitutionis jam ad ſingulas ſpecies enumeratas enucleatiùs inculcandas deſcendamus.

SECTIO II.

De ſubſtitutione Vulgari.

SUMMARIUM.

SVbſtitutio Vulgaris diuidi ſolet in Expreſſam, Tacitã, & Miſtam, & quæ ſit horum membrorum ratio? num 26. *& 29. cum ſeqq.*

Subſtitutio Vulgaris ſemper ex parte inſtituti includit conditionem, Si hæres non erit, ſiue quia nolit, ſiue quia non poſsit eſſe hæres. *Et expreſſa in vnum ex his caſibus ad alterum tacitè extenditur, niſi de contraria voluntate teſtatoris conſtet; num.*26. *&* 27.

*Vulgaris ſubſtitutio expreſſa in caſum noluntatis non extenditur ad caſum impotentiæ, ſi ſit facta in pœnam; eod. num.*27.

Si ſubſtitutio Vulgaris facta ſit expreſsè in aliquem particularem caſum impotentiæ, an extendatur ad alios caſus impotentiæ, vel noluntatis non expreſſos? num. 28.

*Vulgaris ſubſtitutio expreſſa ſubdiuiditur in expreſſam per verba generalia, per verba ſpecialia, & per verba ſingularia: quæ ſit horum membrorum ratio? num.*29. *Et vtrum omnes hujuſmodi ſubſtitutiones cenſeantur ſimpliciter expreſſæ? num* 30.

*Subſtitutio Vulgaris tacita quæ dicatur? num:*31.

Pupillaris ſubſtitutio expreſſa continet tacitam Vulgarem aliunde quàm ex verbis teſtatoris ſubintellectam, eod. num 31.

Si teſtator ita dixerit: Inſtituo filium meum, & ſi deceſſerit in pupillari ætate, ſubſtituo Caium: *an Vulgaris ſubſtitutio ibi contenta cenſenda ſit expreſſa, vel potiùs tacita? & quæ ſit hujus quæſtionis vtilitas? num.* 32. *& ſeq. Et vtrum hujuſmodi Vulgaris expiret perueniente inſtituto ad pubertatem? num.*34.

*Quæ dicatur ſubſtitutio Vulgaris Miſta? num.*35.

*Quo ordine in hac ſectione tractanda ſunt, quæ ad Vulgarem ſubſtitutionem ſpectant? num.*36.

QUæ ſit Vulgaris ſubſtitutio, conſtat ex ejus definitione tradita *ſect. præcedenti, num.* 10. Diuidi ſolet in Expreſſam, Tacitam, & Miſtam, ſeu quæ par-

partim eſt expreſſa, & partim tacita. Tradit, & declarat hanc partitionem Barth. *in l. 1. numer. 6. & ſeqq. ff. de Vulgari*, quem cæteri communiter ſequuntur. Vt autem illam rectè percipias, & ſimul ipſa hujus ſubſtitutionis ratio magis explicetur, ſciendum eſt, quòd hæc ſubſtitutio ſemper, ac neceſſariò ex parte inſtituti, cui datur ſubſtitutus, includit conditionem, *Si ille non erit hæres, vel quia nolit, vel quia nō poſsit eſſe hæres, l. Cùm proponas, 3. Cod. de Hæred. inſtit.* Vnde ſiue hujuſmodi inſtitutio fiat tacitè, ſiue expreſsè, ſiue alio modo, ſemper fit in alterum ex illis duobus caſibus, ſcilicet, noluntatis, vel impotentiæ hæredis inſtituti, vt Juriſtæ appellant. Quando autem ſolùm fuerit expreſsè facta in vnum ex dictis caſibus, dicitur expreſſa in eum caſum, & tacita in alium; quia juxta interpretationem juris concepta in vnum expreſſum, cenſetur etiam facta in alium non expreſſum, illumque comprehendit, niſi de contraria voluntate teſtatoris cōſtet, vt tradunt communiter DD. Barth. *in d. l. 1. num. 14.* Couar. *in cap. Raynutius, §. 4. num. 5. de Teſtam.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 3. num. 10.* Mantic. *lib. 5. de Conject. vlt. volunt. tit. 3. numer. 13.* Fuſar. *de Subſtitut. q. 31. num. 90.* Trentacinq. *tract. etiam de Subſtitut. p. 1. cap. 1. ſub num. 30. verſ. Ex ſupradictis* Molina *diſp. 183. num. 2.* & alij *per l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, & ferme per totam legem, ff. de Liber. & poſth.* & eſt ratio, quia paria ſunt, nolle, & non poſſe *l. 1. verſ. Vſus, ff. de Procurat.*

27 Quare ſi teſtator ità dixit: *Inſtituo hæredem Titium, & ſi ille non poſsit eſſe hæres, ſubſtituo Sempronium*; vel, *ſit hæres Sempronius:* talis ſubſtitutio ſuſtinetur, & admittitur ſubſtitutus, ſi inſtitutus repudiauit hæreditatem, quamuis potuerit illam adire, & eſſe hæres: quia licèt talis ſubſtitutio ſolùm fuerit expreſſa in caſum impotentiæ, qui non euenit, at fuit tacita in caſum noluntatis, qui euenit, idque ſufficit, vt ſubſtitutus admittatur *d. §. Et quid ſi tantum.* Similiter ècontra, ſi teſtator dixit, *Inſtituo Titium, & ſi ille noluerit eſſe hæres, ſubſtituo Sempronium:* talis ſubſtituto ſuſtinetur, ſi Titius non potuit eſſe hæres, vt quia mortuus fuit viuente teſtatore, vel aliàs fuit impeditus de jure, vel de facto; licèt voluerit eſſe hæres, quia etiam ſubſtitutio expreſſa in caſum noluntatis eſt tacita in caſum impotentiæ, vt per DD. & jura citata. Neque obſtat text. *in l. Pater Seuerinam, ff. de Condit. & demonſtr.* vbi cùm teſtator feciſſet legatum hoc modo: *Lego talem fundum filiæ meæ vt nubat Elio, & ſi illa noluerit nubere, lego eundem fundum ipſi Elio*; mortuâ filiâ in pupillari ætate, antequam poſſet nubere, non debetur legatum Elio; & ſic caſus noluntatis non comprehendit caſum impotentiæ. Reſpondetur enim, quod illa ſubſtitutio Vulgaris in legato fuit facta in pœnam, ſi filia nollet nubere, & ideo non debuit extendi in caſum, quo illa non potuit nubere; quia pœna non habet locum, vbi non eſt culpa. Ita reſpondent, & tenent Barth. *in d. l. Pater Seuerinam, in fine, & ibid.* Paul. Imol. & DD. communiter, teſte Anton. Gomez *d. num. 10. verſ. Neque obſtat text.* Id quod etiam bene tradunt Baldus de Vbaldis *tract. de Subſtitution. in Rubr. de Subſtitutione Vulgari, num. 6. qui habetur tom. 8. tractatuum nouiorum 2. p. fol. mihi 201. verſ.* & Bartholus de Hucio, *tract. de Subſtitut. cap. 1. num 5. qui etiam habetur d. 2. p. illius tom. 8. à fol. 212.*

Si autem ſubſtitutio facta ſit expreſsè 28 in aliquem particularem caſum impotentiæ, vt quando teſtator diceret: *Inſtituo hæredem Titium, & ſi ille me viuo moriatur, ſubſtituo Seium*, non conueniunt DD. an talis ſubſtitutio extendatur ad alios caſus impotentiæ, vel noluntatis non expreſſos? Ant. Gomez *d. num. 10. not. 3.* & Molin. *d. diſp. 183. num. 2. ad fin.* cum alijs, quos referunt, abſolutè affirmant, eam extendi ad omnes illos caſus. Idem videntur tenere multi alij quos citant, & ſequuntur idem Ant. Gomez *ſupra, not. 1.* & Fuſar. *de Subſtitution. q. 31. num 3. & 17. & q. 64. num. 21.* quatenus affirmant, quòd ſubſtitutio expreſſa in caſum, ſi

ſi inſtitutus moriatur viuo teſtatore, extenditur ad caſum, ſi moriatur poſt teſtatorem, hæreditate non adita. Alij vero cenſent dictam ſubſtitutionem non extendi vltra caſum expreſſum. Ita Gloſ. *in l. Si mater*, 33. §. 1. *prope fin ff. de Vulgari*, Angel. *in l. 1. §. Subſtituere, num.* 4. *& in l. Pater filium, ff. eod.* & quidam alij, quos refert Fuſar. *loc. citat.* inter quos adducit etiam Barth. *in d. l. Si mater*, § 1. ſed immeritò, nam Bartholus eo loco expreſsè admittit præfatam extenſionem, & ſolùm eam negat, quando voluntas teſtatoris refragatur. Itaque prior ſententia videtur ſimpliciter communis, illamque ſufficienter probat text. *in d. l. Gallus*, §. *Et quid ſi tantum, cum alijs, ff. de Liber. & poſth. & in l. vlt. Cod. de Inſtitut. & ſubſtitut.* quos ad hoc bene expendit Fuſar. *d. q.* 64. *num.* 21. Vnde juxta hanc ſententiam dicenda erit præfata ſubſtitutio expreſſa in particularem caſum à teſtatore deſignatum, & tacita in illos alios non deſignatos.

29 His præmiſsis, facilè intelligetur quænam in tradita diuiſione ſubſtitutionis Vulgaris cenſeatur ſubſtitutio Expreſſa, quæ Tacita, & Miſta? In primis ergo expreſſa Vulgaris eſt, & appellatur à DD. quæ fit verbis exprimentibus aliquo modo omnes caſus, in quos teſtator ſibi prouidet de vulgari ſubſtituto. Hæc ſubdiuiditur in Expreſſam per verba generalia, per verba ſpecialia, & per verba ſingularia. Expreſſa verbis generalibus, ſeu per verba generalia, eſt, quæ fit verbis non exprimentibus propriam ſpeciem ſubſtitutionis Vulgaris, ſed ſolùm illius genus, vt quando teſtator diceret: *Inſtituo Titium, & ſubſtituo illi Sempronium.* Hac ratione, in ſubſtitutione Breuiloqua, quæ fit, quando teſtator dicit, *Inſtituo Titium, & Sempronium, illoſque adinuicem ſubſtituo*, dicuntur contineri plures ſubſtitutiones verbis generalibus expreſſæ, vt decernitur in Ordin. Luſit. *lib.* 4. *tit.* 97. §. 6. *fine*, & tradit Barthol. *in l. 1. num.* 8. *ff. de Vulgari*, cum multis Gloſsis, quas etiam referunt, & ſequuntur Baldus de Vbaldis *in Rubr. de Subſtitutione Vulgari, num.* 3. & Barthol. de Hucio *d. tract. de Subſtitution. cap.* 1. *num.* 2. atque ita omnes communiter intelligunt. Expreſſa verbis ſpecialibus eſt, quæ fit verbis exprimentibus propriam ſpeciem Vulgaris, non deſcendendo ad ejus caſus particulares; vt quando teſtator diceret: *Inſtituo Petrum, & ſi ille hæres non erit, ſubſtituo, vel inſtituo Paulum*, ita declarant Barth. vbi *ſupra, num.* 9. Bald. de Vbaldis *loco citat. num* 4. Couar. *in cap. Raynutius* §. 3. *num.* 4. *de Teſtament.* Praxis *lib.* 3. *de Interpret. vlt. volunt. interpret.* 7. *dub.* 1. *ſolut.* 5. *num* 33. & cæteri communiter, quamuis Molina *d. diſp.* 183. *num.* 3. aliter intellexerit. Expreſſa verbis ſingularibus eſt, quæ fit verbis exprimentibus particulares, ſeu ſingulares caſus, in quos ſubſtitutio committitur, vt, *Si Petrus à me inſtitutus non potuerit, aut noluerit eſſe hæres, ſubſtituo Paulum*; & multò magis ſingulariter fit, ſi caſus magis indiuiduentur, vt, *Si Petrus me viuo moriatur, aut propter aliquod impedimẽtum juris, vel facti non potuerit eſſe hæres*, & ita DD. proximè citati, & cæteri omnes.

Circa prædicta membra hujus ſubdiuiſionis notant communiter DD. juxta Barth. *in d. l. 1. num.* 8. *in fine, ff. de Vulgari*; quòd ſubſtitutio expreſſa generaliter, ſeu verbis generalibus, poteſt dici tacita ſpecialiter, quia non exprimit ſpeciem Vulgaris ſubſtitutionis; & ſimiliter expreſſa ſpecialiter, dici tacita ſingulariter, quia non exprimit ſingularia talis ſpeciei, idest particulares caſus, in quos datur ſubſtitutus. Unde videri poſſet ſolam ſubſtitutionem factam ſingulariter in omnes caſus particulares, in quos ſubſtitutio committitur, eſſe ſimpliciter expreſſam, duo verò priora membra eſſe ſubſtitutiones miſtas, partim ſcilicet expreſſas, & partim tacitas. Dicendum tamen eſt, omnes has ſubſtitutiones eſſe ſimpliciter expreſſas, & ſolùm differre penes magis, & minus, vt notat Mantic. *lib.* 5. *de Conject. vltim. volunt. titul.* 3. *numer.* 1. 30

31 Deinde tacita Vulgaris eſt, quæ non ex-

exprimitur verbis: ſed vel ex illis, vel aliunde intelligitur. Primo modo, ideſt, ſubintellecta ex verbis teſtatoris, eſt, de qua loquitur *l. Titius, 24. cum ſeq. ff. de Hæred. inſtit.* vbi facta ſic inſtitutione: *Titius, & Seius vter eorum viuat, hæres mihi eſto:* reſoluit Juriſconſultus; ſi vterque viuat, ambos hæredes eſſe: altero mortuo, eum qui ſupererit ex aſſe hæredem eſſe: & reddit rationem Vlpianus, *quia tacita ſubſtitutio ineſſe videatur inſtitutioni.* Secundo modo, ideſt, aliunde ſubintellecta, eſt quæ continetur in Pupillari ſubſtitutione expreſſa, juxta *l. Iam hoc jure, 4. ff. de Vulgari,* & communem: nam ſi teſtator ita dicat: *Inſtituo filium meum, & ſi ille fuerit hæres, & in ætate pupillari deceſſerit, ſubſtituo illi Titium,* talis ſubſtitutio eſt expreſſa Pupillaris, & continet tacitè Vulgarem, ex qua ſi filius decedat in ætate pupillari, ante aditam hæreditatem, admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem teſtatoris, vt ferè omnes per *d. l. Iam hoc jure,* affirmant. Quæ ſubſtitutio nullo modo colligitur ex verbis teſtatoris, ſed potiùs contra ſignificationem verborum inducta eſt à lege præſumente, eam fuiſſe mentem teſtatoris: & ita hæc ſubſtitutio non ſolùm tacita, ſed etiam præſumpta, & merè intelectualis dici poteſt, vt latè declarat Mantica *d. tit. 3. num. 2. & ſeqq.*

32 Si autem teſtator ita dixerit: *Inſtituo filium meum, & ſi deceſſerit in pupillari ætate, ſubſtituo Caium:* non apponendo illam aliam conditionem, *Si hæres erit;* quæſtio eſt, an Vulgaris ibi contenta ſit tacita, vel expreſſa? Cujus quæſtionis non leuis eſt vtilitas; quia ſi eſt tacita, non excludit matrem teſtatoris, ſicut tacita Pupillaris non excludit matrem pupilli, *l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. l. vltim. Cod. de Inſtit. & ſubſtit..* Si autem ſit expreſſa illam excludit *d. l. Si precibus,* & dicemus infra ſuo loco. Præterea ſi cenſetur tacita, extinctâ ipſâ Pupillari expreſſa, (veluti ſi filius moriatur viuo patre) illa etiam extinguitur, juxta probabilem ſententiam, de qua ſuo loco; ſecus verò ſi cenſeatur expreſſa; quòd hæc non pendeat à Pupillari, ſed ſuis verbis ſubſiſtat.

Ad propoſitam igitur quæſtionem, 33
miſſâ controuerſiâ, quam latiſsimè texit Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 34. à num. 21.* poſt Socin. ſen. *in l. 1. numer. 36. ff. de Vulgari.* Reſpondeo breuiter, ſatis tutam eſſe opinionem, quam relatis plurimis ſequitur Mantica *d. tit. 3. num. 14.* aſſerentem in dict. ſubſtitutione contineri Vulgarem expreſſam verbis generalibus; ſiue talis ſubſtitutio dicenda ſit Pupillaris, & continere Vulgarem expreſſam, vt tenet relatis pluribus Couar. *in cap. Raynutius, §. 5. num. 5. in princip. de Teſtament.* ſiue ſit dicenda Compendioſa continens Pupillarem in forma ſpecifica, & Vulgarem genericè, ſeu verbis generalibus expreſſam, vt alij volunt, ac nominatim Trintacinq. *de Subſtit. p. 1. cap. 13. num. 6.* magiſque videtur probare Mantica *ſub num. 15. verſ. Nec obſtat;* nam quocumque appelletur nomine, ad prædictos effectus ſufficit, quòd Vulgaris ibi contenta cenſeatur expreſſa verbis generalibus. Ratio verò cur talis cenſenda ſit, eſt, quia ea tantùm cenſetur Vulgaris tacita in Pupillari contenta, quæ colligitur ex auctoritate, & præſumptione ſolius legis, contra verba teſtatoris; *vt num. 31.* vidimus: in præſenti autem non refragatur verborum ſignificatio, ſed potiùs adſtipulatur, & ſubſeruit, vt ex prædicta ejus forma patet.

Addunt verò aliqui hujus ſententiæ
Authores, illam Vulgarem quantumuis 34
expreſſam expirare filio inſtituto ad pubertatem perueniente, quemadmodum expirat Pupillaris, cui eſt adjuncta; ſiquidem vtraque facta eſt ſub illa conditione, ſi deceſſerit in ætate pupillari. Nihilominus placet, eam non expirare pubertate, vt tenet, & latè probat Couar. *in d. §. 5. ſub num. 5. præſertim verſ. Et ſanè in hac controuerſia,* & Corneus, quem citat, & ſequitur Mantica, *d. tit. 3. numer. 18.* Quam ſententiam à fortiori defendent, qui tenent, etiam tacitam Vulgarem in Pupillari expreſſa contentam non expirare pubertate: qua de re dicemus *infra, §. 26.*

Digitized by Google

§. 26. q 6, Ratio verò eſt, quia Vulgaris non reſpicit tempus ante, vel poſt pubertatem, ſed ſolùm tempus ante aditam hæreditatem: vnde quandocumque filius decedat non adita hæreditate, locum habet illa ſubſtitutio. Nec obſtat, quòd teſtator appoſuerit illam conditionem, *Si deceſſerit in ætate pupillari.* quia illa cõditio, & reſtrictio ſolùm refertur ad Pupillarem ſubſtitutionem; quæ non poteſt fieri vltra illud tempus, *l. Verbis ciuilibus, & l. In pupillari, ff. de Vulgari*; Vulgaris autem omni tempore ante aditam hæreditatem poteſt habere locum.

35 Denique Vulgaris Miſta dicitur, quæ partim eſt expreſſa, & partim tacita, quoad caſus, in quos vocatur ſubſtitutus. Ut quando dictum eſſet: *Inſtituo Petrum, & ſi ille noluerit eſſe hæres, ſubſtituo Paulum*: talis ſubſtitutio eſt expreſſa in caſum noluntatis, & tacita in caſum impotentiæ. Et quando diceretur, *Si non potuerit eſſe hæres, ſubſtituo*, &c. eſt expreſſa in caſum impotentiæ, & tacita in caſum noluntatis, vt conſtat ex dictis *numer. 26. & ſeq.* vbi ſufficienter declarata ſunt, quæ ad intelligentiam hujus Vulgaris Miſtæ viſa ſunt neceſſaria. Plura tamen ad hanc ipſam ſubſtitutionem Miſtam ſpectantia infra ſuo loco, nempe §. 14 ſunt addenda, vbi ex profeſſo explicabimus aliquos caſus, in quibus dubitari ſolet, an ſubſtitutio facta expreſsè in vnum caſum extendatur ad alium non expreſſum. Qua in re generalis regula eſt, extendi ad caſum, in quem teſtator veroſimiliter diſpoſuiſſet, ſi de eo eſſet interrogatus; vt ex multis juribus probat Ant. Gomez *tom. 1. Variar. cap. 3. n. 10. verſ. Quartò infertur.* Aliqui etiam cum Barth. *in d. l. 1. num. 17. ff. de Vulgari* apponunt alium modum Vulgaris Miſtæ, quæ partim ſit tacita, & partim expreſſa, quoad verba. Id quod bene declarat Baldus de Ubaldis *in d. rubr. de Vulgari ſubſtitutione, num. 10.* Sed tamen hic modus tanquam inutilis, & ſpectans ſolùm ad modum loquendi, meritò rejicitur apud Mãtic. *lib. 5. de Conject. ult. vol. tit. 3. n. 13.*

Explicata ratione, & partitione Vulgaris ſubſtitutionis, ſequitur vt dicamus de iis, quæ tum ipſi Vulgari ſecundùm ſe, tum ſingulis ejus membris ſunt propria, aut propriè videntur conuenire. Qua in re hunc ſequemur ordinem. Primùm dicemus de forma, & verbis, quibus hæc ſubſtitutio concipitur, & quando tacitè fieri, aut contineri cenſeatur? Deinde de ſolemnitatibus ad illam requiſitis. Mox de conditione, quam includit; *Si inſtitutus*, ſeu *primò vocatus, non erit hæres*: quomodo ſcilicet intelligatur, & quando impleri cenſeatur? Tum de ejus effectibus, qui ad quatuor capitales reducuntur; quorum primus, & principalis eſt, quòd per illam deuoluitur, & defertur hæreditas teſtatoris ad ſubſtitutum; ſecundus, quòd dat vires teſtamento, ita vt hoc ab illa poſſit incipere, quando inſtitutio fuerit inutilis ob aliquem defectum inſtituti; tertius, quòd quando eſt expreſſa inducit, & continet tacitam Pupillarem; quartus, quòd facit de hærede ſuo, & neceſſario voluntarium, tollendo, aut impediendo Suitatem. Poſtremò de caſibus, in quibus hæc ſubſtitutio ceſſat, vel expirat. Hæc ſunt præcipua capita, ſub quibus vniuerſa, & ſatis vaſta hujus ſubſtitutionis materia comprehenditur. Jam ergo à primo exordiamur. 36

§. 1. *De forma, & verbis, quibus Vulgaris ſubſtitutio concipitur.*

SUMMARIUM.

Vulgaris ſubſtitutio, ſicut & cæteræ, nullam certam formam, aut verba ſibi determinat, ſed quibuſcumque verbis fieri poteſt; num. 37.

Omnis directa ſubſtitutio, ac præſertim Vulgaris, habet neceſſariò duo extrema, alterum negatiuum, ex parte ejus, cui fit ſubſtitutio; alterum affirmatiuum ex parte ejus, qui ſubſtituitur; ibid.

Quando teſtator exprimit, ſe velle facere ſubſtitutionem Vulgarem, licèt

aliàs vtatur verbis ambiguis, vel ineptis, aut etiam contrarijs, talis ſubſtitutio eſt Vulgaris, vt ſi teſtator dicat; Reſtituat hæreditatem Paulo, quem vulgariter ſubſtituo; *num.* 38.

Quæ ſubſtitutio ſit, quando teſtator diceret; Si inſtitutus non erit hæres, reſtituat hæreditatem Paulo? *num.* 39.

In dubio, an verba contineant ſubſtitutionem directam, vel Fideicommiſſariam? interpretanda potiùs ſunt in fauorem directæ; ibid.

Quando teſtator per verbum, Inſtituo, *aut*, Subſtituo, *vocauit patrem, & ejus filios ordine ſucceſsiuo, vocati poſt primum inſtitutum intelliguntur ſubſtituti per Vulgarem; num.* 40. *Magis id explicatur; num.* 41. *& ſeq.*

Quando pater, & ejus filij ad hæreditatem alicujus vocantur, an intelligantur vocati ordine ſucceſsiuo, vel potiùs conjunctim? Reſpondetur cum diſtinctione; d n 40.

Quando teſtator ita dixit; Si filius meus decedat in pupillari ætate, Petrus ſit mihi, & illi hæres; *tam Pupillaris, expreſſa, quàm etiam Vulgaris expreſſa verbis generalibus, ibi continetur; numer.* 43.

Quid, ſi teſtator dixit; Si filius meus in pupillari ætate moriatur, ſit mihi hæres Petrus? *ibid.*

Quid, quando dictum eſſet; Si filius meus in pupillari ætate deceſſerit, Petrus ſit hæres? *vel,* Petrum ſubſtituo? *n.* 44.

37 HÆc ſubſtitutio, quemadmodum, & cæteræ, & ſicut etiam ipſa inſtitutio, nullam certam formam, aut verba ſibi determinat, ſed quibuſcumq; verbis teſtator ſufficienter declaret, ſe vocare aliquem ſecundo loco ad ſuam hæreditatem, in caſu quo prior vocatus hæres non ſit, eſt propriiſsima ſubſtitutio Vulgaris expreſſa. Quia verò ſæpe in caſibus particularibus continget dubitari, an verba, quibus teſtator vſus eſt, hanc ſubſtitutionem contineant? operæpretium erit, aliquos caſusſ, ſeu formulas, magis dubitabiles hîc exponere, ex quibus facilè de alijs poſsit judicium ferri. Prius tamen generaliter ſtatuendum eſt ex Barth. *in l.* 1. *num.* 17. *ff. de Vulgari*, & communi DD. in omni directa ſubſtitutione comprehendi neceſſariò duo extrema, alterum negatiuum ex parte ejus, cui ſit ſubſtitutio; cùm hæc neceſſario requirat, vt ille non ſit hæres, aut hæres eſſe deſinat: alterum affirmatiuum, ſeu poſitiuum ex parte ejus, qui ſubſtituitur; cùm per ipſam ſubſtitutionem vocetur poſitiuè ad hæreditatem: vnde quando vtrumque extremum exprimitur, primum exprimitur verbis negatiuis, vt, *Si inſtitutus non erit hæres, ſi non peruenerit ad pubertatem*, &c. Secundum verbis affirmatiuis, vt, *Titius hæres eſto, Titium ſubſtituo*, vel ſimilibus. Quod licèt locum habeat in omnibus ſubſtitutionibus directis, vt bene declarat Bartholus *vbi ſupra*, maximè tamen procedit in Vulgari, cujus ſpecialis, & propriiſsima forma eſt; *Si Petrus non erit hæres, ſit hæres Antonius*, vel ſimilis. Cæterùm, ut Vulgaris ſit expreſſa, ſaltem verbis generalibus, non oportet quod primum extremum vllis verbis negatiuis exprimatur, cùm ſatis ſit, quòd teſtator dicat; *Inſtituo Petrum, & ſubſtituo Antonium*, conſtat ex ſupradictis *num.* 34.

His ſuppoſitis, primus caſus ſit. Quando teſtator vtendo verbis aliàs ambiguis, 38
vel ineptis, aut etiam contrarijs, dixit, ſe facere ſubſtitutionem Vulgarem, vel quòd ſubſtituebat vulgariter, ſeu per Vulgarem, vt ſi dixit: *Reſtituat hæreditatem Paulo, quem vulgariter ſubſtituo:* talis ſubſtitutio eſt Vulgaris. Ita Barth. *in l. Quærebatur*, 20. *n.* 2. *ff. de Milit. teſtam.* & ibi Bald & Angel. *n.* 3. Mantic. *lib.* 5. *de Conject. tit.* 1. *n.* 9. Fuſar. & alij quos refert *tract. de Subſtit. q.* 34. *n.* 3. Quamuis contradicat Lancelot Polit. *tract. de Subſtit. tit. de Vulgari ſubſtitutione, quæſito,* 3. *n.* 4. Ratio eſt, quia licèt verbum, *Reſtituo*, ſit obliquum, & vt ſic solùm inſeruiat ad fideicõmiſſũ, attamen verba obliqua trahũtur ad directa ex expreſſa diſpoſitione teſtatoris, vt conſtat per *d. l. Quærebatur:* & hoc euenit in preſenti: vbi cũ teſtator de-

declarauerit ſe velle facere inſtitutionem Vulgarem, & ſic directò hæredem inſtituere, verbum illud, *Reſtituat*, trahitur ad directum, acſi diceret, *Sit hæres Paulus in ſecunda gradu.* Similiter ſi teſtator dixit, ſe ſubſtituere vulgariter, ſi inſtitutus ſine filijs decedat, talis ſubſtitutio eſt Vulgaris; nec euadit Fideicommiſſaria, per conditionem, *Si ſine filijs*; nihil obſtante, quòd hæc conditio magis congruit ſubſtitutioni Fideicommiſſariæ; quia id non tollit quominus poſsit ſtare cum ſola Vulgari, & ita euenit in caſu propoſito, cùm teſtator ſolùm intenderit facere Vulgarem, quam expreſsit: ita cum alijs Mantica *lib. 11. de Conject. vlt. vol. tit. 1. numer. 2.* & Fuſar. *d. q. 34. n. 8.* qui tamen *n. 7.* alios contrarium tenentes refert.

39 Secundus caſus ſit, quando teſtator ita dixerit; *Si inſtitutus non erit hæres, reſtituat hæreditatem Paulo.* In hoc caſu, quidam cenſent contineri ſubſtitutionem Fideicommiſſariam ob verbum obliquum, *Reſtituat.* Sic Ripa *in l. 1. num. 113 ff. de Vulgari,* & Trentacinq *de Subſtitut p. 1. cap. 2. num. 1. verſ. Quartus caſus* Probabilius tamen eſt, contineri Vulgarem, vt ſentiunt Baldus *in l. Humanitatis, col. antepen. ff. de Impub. & alijs ſubſtitut.* Alex. & Socin. ſen. *in d. l. 1. ff. de Vulgari,* & Fuſar. *d. q. 34. num. 39.* vbi in hanc etiam adducit Craſſum. Ratio eſt, quia teſtator ſolùm intendit facere ſubſtitutionem, quæ poteſt ſtare cum conditione, *Si inſtitutus hæres non erit*: hæc autem eſt Vulgaris, non verò Fideicommiſſaria; cùm hæc contrariam conditionem omnino requirat, & ſolùm eâ poſitâ locum habere poſsit. Confirmatur, quia licèt in caſu propoſito ex vna parte ſtet verbum, *Reſtituat*, quod eſt obliquum, & vt ſic congruens tantùm ſubſtitutioni Fideicommiſſariæ: attamen cùm ex alia parte ſtet conditio, *Si non erit hæres*, quæ ſolùm poteſt conuenire ſubſtitutioni Vulgari, ea potiùs debet præualere, & trahere illud verbum ad directum, quàm econtra: tum quia verbum obliquum facilè admittit ſignificationem directi ex voluntate teſtatoris; vt conſtat ex dictis in caſu præcedenti: conditio verò, *Si hæres non erit*, nulla ratione trahi poteſt ad contrariam, *Si erit hæres.* Tum etiam, quia in dubio, an verba contineant ſubſtitutionem directam, vel Fideicommiſſariam, interpretanda potiùs ſunt, in fauorem directæ, vt latè probat Mantic. *lib. 1. de Cõject. vlt. vol. tit. 1. n. 3. & ſeqq.* Ex quibus rejicienda etiam eſt ſententia Lanceloti Politi, qui *d quæſito, 3. n 3. &* 4. vult ſubſtitutionem ſub prædictis verbis factam eſſe irritam, & inutilem ob terminorũ repugnãtiã, idq; licèt teſtator addidiſſet, ſe velle ſubſtituere per Vulgarẽ.

Tertius caſus eſt, quando teſtator per verbum, *Inſtituo*, aut *Subſtituo*, vocauit patrem, & ejus filios, ordine ſucceſsiuo. 40 Tunc enim vocati poſt primum inſtitutum, intelliguntur ſubſtituti per Vulgarem, juxta communem DD. Id verò, vt rectiùs percipias, aduerte quòd quando agitur de vocatione patris, & filiorum ad hæreditatem alicujus, diſtingui ſolet triplex caſus: vnus eſt quando inter illos cadit ordo neceſsitatis, vt quando pater inſtituit proprium filium, & filios illius, ipſius teſtatoris nepotes: neceſſe enim habet pater inſtituere etiam nepotes, ne ſi forte filius moriatur viuente ipſo teſtatore, teſtamentum rumpatur per nepotes in eo præteritos. Vnde in hoc caſu intelliguntur nepotes vocati ordine ſucceſsiuo, ideſt, caſu quo filius teſtatoris hæres non ſit; vt eſt communiſsima DD. ſententia, quam innumeris relatis tradit Mantic. *lib. 4 de Cõject. vlt. vol. tit. 9* & Fuſar. *de Subſtit. q. 476.* qui plures adhibet ampliationes, & limitationes. Alter caſus eſt, quando inter illos cadit tantùm ordo charitatis, & affectionis: vt quando quis inſtituit ſuum fratrem, & filios illius, & in hoc caſu communiſsima etiam DD. ſententia eſt, intelligi filios ſimul, & conjunctim cũ patre ad hæreditatem vocatos; vt videre eſt apud Mantic. *d. tit. 9. n. 19.* & Fuſar. *d. q. 476. n. 31.* quanuis hos etiam cenſeri ordine ſucceſsiuo vocatos, teneant aliqui poſt Barth. *in l. Gallus, §. Quidam rectè, n. 4. ff. de Lib. & poſth.* & quidẽ multi ſunt caſus, quos limitando cõmunẽ ſententiã

adducit Fuſar. *cit.* in quibus Bartholi opinio à pluribus admittitur. Tertius tandem caſus eſt, quando neque affectionis ordo in dicta vocatione intercedit, vt quando quis inſtituit extraneum,& illius filios. In quo euentu conſentiunt ſecurè DD. omnes, intelligi patrem, & filios eſſe vocatos conjunctim, teſte Fuſar. *d q 476.num.74.* quod ſuas etiam admittit limitationes, & declarationes,vt idem Fuſar. aduertit.

41 His ſuppoſitis, illud in primis ad rem præſentem ſtatuo: quoties pater,& vnus, aut plures ejus filij ad hæreditatem vocantur ordine ſucceſsiuo, per verbum, *Inſtituo*, vt dicente teſtatore: *Inſtituo Titium, & ejus filium*, vel *filios*, tunc ſiue in tali vocatione intercedat ordo neceſsitatis, ſiue tantùm affectionis, ſiue neuter, intelliguntur filij vocati per Vulgarem. Ita loquendo in caſibus, quibus interuenit ordo neceſsitatis, vel affectionis, docent relatis pluribus Menoch. *de Præſumpt.lib.4.præſumpt.71.num.2. & 7.* & Fuſar. *de Subſtitut. q.479. num. 1.* & loquendo generaliter pro quouis caſu, quo duo,aut plures ordine ſucceſsiuo inſtituuntur, Mantica *lib 4 de Conject. vlt. volunt.tit.9.in fine*, vbi alios refert. Ratio generalis eſt, quia cùm in prædictis caſibus fuerit facta ſubſtitutio per verbum directum, & ciuile, quale eſt, *Inſtituo*, & ſemel jure directo valere potuerit, ad fideicommiſſum, & jus indirectum nó trahitur, *l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari,&Pupil.*

42 Statuo deinde: quando teſtator per verbum, *Subſtituo*, vocauit patrem, & filios, vt dicendo; *Inſtituo filium meum,& illi ſubſtituo Sempronium fratrem meum, & ejus filios*; tunc admiſſa opinione Bartholi relata *num 40.in 2. caſu*, quòd hujuſmodi vocati veniunt ordine ſucceſsiuo, intelliguntur illi filij vocati poſt patrem per Vulgarem. Ita Menoch. *d.Præſumpt.71. numer.* 8. Fuſar. *d quæſt.479. numer. 26.* & alij innumeri, quos referunt. Ratio eſt, quia quando ſubſtitutio eſt facta per ſimplex verbum, *Subſtituo*, intelligitur Vulgaris,nihil obſtante,quòd illud verbum ſit indifferens ad ſignificandàm etiam Fideicommiſſariam: nam in dubio præſumitur ſubſtitutio directa nó vero Fideicommiſſaria; *c.Si pater,de Teſtam.in 6.* Bald. *in l.vlt.per eum text. C. de Hæred.inſtit.* Mant. *lib 5. de Conject. tit.1. num.3.* & cæteri communiter. Ampliationes, & limitationes ſeu declarationes hujus reſolutionis, vide apud Menoch. & Fuſar. *loc. cit.*

Quartus caſus ſit, quando teſtator ita dixit; *Si filius meus decedat in pupillari* 43
ætate,Petrus ſit mihi,& illi hæres: in hoc enim caſu contineri tam Pupillarem expreſſam, quàm Vulgarem expreſſam verbis generalibus,docent meritò Curt. jun. *in l.pen. num. 6. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Alciat. *in l. 1. num. 165. ff. de Vulgari*, Coſta *in cap. Si pater, p. 3. ver. Pupillares,n.12 de Teſtam.in 6.* Menoch. *de Præſumpt. lib.4 præſumpt.34.n.20.* & Fuſar. *de Subſtitut. q. 34. num. 24.* Quod ſi teſtator ita dixerit, *Si filius meus in pupillari ætate moriatur, ſit mihi hæres Petrus*, videtur ſentire Menoch. *dict. præſumpt. 34. numer. 12.* ſolùm ibi contineri Pupillarem expreſſam. At etiam expreſſam Vulgarem ibi non immeritò agnoſcunt Socin. ſen. *in dict. l. 1. numer. 36. ff. de Vulgari*, Couar. *in cap. Raynutius, §.5. numer. 5. verſ. Ex quibus infero, de Teſtam.* & alij.

Atque idem tenendum, quando teſta- 44
tor ita dixiſſet; *Si filius meus in pupillari ætate deceſſerit, Petrus ſit hæres.* Ita ſentiunt Bald. *in l. Precibus, Cod.de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Caſtr. Alex. & Jaſon. Socin. ſen. *in dict. l. 1. ff. de Vulgari*, Menchaca *lib. 2. de Succeſſ. progreſſu, §. 13. numer. 30. & 36.* & Trentacinq. dicens hanc eſſe communem ſententiam *p. 2. de Subſtitut. cap. 4. numer. 4.* licèt contrarium, quòd ſcilicet iſto caſu ſit tantùm Pupillaris expreſſa, & Vulgaris tacita, veriùs credat Menoch. *ſupra, ſub numer. 31. verſ. Exiſtimo,* vbi idem tenet in caſu, quo teſtator dixit; *Si filius meus in pupillari ætate deceſſerit, Seium ſubſtituo:* quæ ſententia multis etiam alijs placet, quos latè refert Fuſar.

Digitized by Google

Fuſar. *d. q.* 34. *num.* 20. Sed jam *ſupra numer.* 33. cum Mantica, & alijs probauimus etiam Vulgarem expreſſam in hoc caſu contineri: pro qua opinione plures etiam DD. refert idem Fuſar. *num.* 18. & Menoch. *ſub d. num.* 31. *verſ. Secundò.*

Alios caſus minoris momenti omitto, qui videri poſſunt apud Fuſar. *d. q.* 34. Illud tamen aduerto, in omnibus prædictis caſibus contineri Vulgarem ſubſtitutionem expreſſam. Quando autem contineatur tacita? *ſequenti §.* aperietur.

§. 2. *Quibus caſibus tacita Vulgaris ſubſtitutio ſubeſſe intelligatur?*

SUMMARIUM.

Tacita Vulgaris ſimpliciter dicta intelligitur, quæ in expreſſa Pupillari, vel alia ſimili ſubſtitutione contineri dicitur; num. 45.

Vtrum ſubſtitutio Vulgaris tacita contineatur in Pupillari expreſſa? Reſpõdetur affirmatiuè, & quo fundamento; numer. 46. *& ſeq.*

Vulgaris tacita continetur in expreſſa Pupillari, licèt hæc ſit inutiliter facta, vt quando eſſet facta extraneo, vel puberi, &c. num. 48.

Axioma, Si non valet, quod ago; vt ago; non valet, vt valere poteſt, *quando non procedat? ibid.*

Tacita Vulgaris continetur in Pupillari expreſſa, quamuis hæc concepta ſit his verbis: Si hæres erit, & in pupillari ætate, *&c. num.* 49.

Tacita Vulgaris continetur in Pupillari expreſſa, licèt hæc reſtricta ſit ad breuius tempus, quàm ætatis pupillaris; vt ſi teſtator diceret: Si filius meus decedat intra decimum annum, vel in ætate infantili; *num.* 50.

Expreſſa ſubſtitutio Pupillaris nõ continet tacitam Vulgarem, quando aliqua ratione conſtat teſtatorem noluiſſe illam contineri; num. 51.

Quando teſtator in vtrumque caſum, Pupillaris ſcilicet & Vulgaris, expreſſè prouidit, neutra in altera tacitè continetur; num. 52.

Expreſſa prouiſio hominis facit ceſſare tacitam prouidentiam legis: quod procedit etiam quando expreſſum eſt circa diuerſum; ibid.

Tacita Vulgaris non continetur in Pupillari expreſſa, quando teſtator cogitauit, & tamen vulgariter non prouidit, vt ſi habens duos filios impuberes vni ſubſtituit vulgariter, alteri pupillariter; num. 53.

Tacita Vulgaris, quæ in expreſſa Pupillari continetur, ceſſat ſi mater teſtatoris ſuperſtes ſit, niſi eſſet ſubſtitutus aliquis ex deſcendentibus teſtatoris; num. 54.

Tacita Vulgaris non continetur, quando filius exhæredatus ſubſtitueretur per Pupillarem; num. 55.

Tacita Vulgaris non habet locum, quando ſubſtitutus pupillaris eſt incapax ſuccedendi teſtatori, quamuis ſit capax bonorum pupilli, vt eſt filius ſpurius teſtatoris; num. 56.

Si pater ſubſtituat pupillariter filium naturalem, non continetur tacita Vulgaris in illa pupillari, ſi ſupereſt alius filius legitimus, qui velit ſuccedere. Et quomodo hoc procedat attento jure Luſitano? ibid.

An tacita Vulgaris contineatur quando impuberi ſubſtituerentur ejus cohæredes? num. 57.

Quando ſubſtitutio Pupillaris eſſet facta filio exhæredato vel præterito, non continetur tacita Vulgaris in illa Pupillari; num. 58. *Quod procedit, licèt filius ſit injuſtè exhæredatus, vel præteritus, & ex ea cauſa rumpat inſtitutionem alterius; num.* 59.

Per Auth. Ex cauſa, *ſuſtinetur Pupillaris ſubſtitutio facta filio injuſtè exhæredato, vel præterito; non ſuſtinentur autem aliæ ſubſtitutiones directæ, ex quibus ſucceditur teſtatori; ibid.*

Si Pupillaris ſubſtitutio facta ſit ſeparatim, longo interuallo poſt teſtamentum patris, tacitam Vulgarem non continet; num. 60.

Subſtitutio Vulgaris non poteſt fieri ex interuallo poſt conditum teſtamentum; ibid.

In ſubſtitutione Exemplari expreſſa cōtinetur Vulgaris tacita præterquam in caſibus, in quibus non continetur in Pupillari expreſſa, num. 61.

In ſubſtitutione Fideicommiſſaria non continetur Vulgaris. Quod tamen in vno, vel altero caſu limitatur, num. 62.

45 TAcitam Vulgarem ſubſtitutionem hoc loco appellamus, quæ nullo modo in verbis teſtatoris continetur, ſed aliunde ſubeſſe intelligitur: hæc enim tantummodo ſimpliciter dicitur tacita ex communi vſu DD. qui non aliam intelligunt, quando abſolutè de tacita Vulgari loquuntur. Vnde non venit in præſentem conſiderationem illa Vulgaris intellecta ex verbis teſtatoris, quam Iuriſconſultus appellat tacitam in caſu *l. Titius, 24. cum ſeq. ff. de Hæred. inſtit.* de qua loquuti ſumus *num.* 31. ſed ea tantùm quæ contineri dicitur in Pupillari, vel ſimili ſubſtitutione expreſſa, de qua infra, & ſæpius nobis agendum eſt.

46 His animaduerſis, prima quæſtio in præſenti eſt: Vtrum ſubſtitutio Vulgaris tacita contineatur in Pupillari expreſſa? Reſpondetur affirmatiuè ex receptiſſima penè omnium ſententia, quam relatis pluribus tradunt Mantica *lib. 5. de Conject. tit. 3. num. 2.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 43. num. 1.* & Fuſar. *de Subſtitut. q. 24. num. 1. & ſeqq.* per celebrem text. *in l. Iam hoc iure, ff. de Vulgari*, iuxta communem intellectum; quem bene præ alijs declarat Menoch. cit. qui *ſub num. 4.* dicit ſolùm Lancellotum Politum *tract. de Subſtitution. rub. de Pupillari, num. 47. verſ. Octauò principaliter*, in contrarium ſtare: at etiam in contrarium refertur Vigl. *Inſtit. de Pupil. ſubſt. in princip* ſed eorum ſententia cùm ſit valdè ſingularis, & communiter reprobata, omnino rejicienda eſt; illamque optimè contra Polit. refellit Leon. *tract. de Subſtitut. vbi de Pupillari, num. 200. & ſeqq.*

Ratio verò, qua prædicta deciſio nititur, eſt præſumpta, vel ſubintellecta voluntas teſtatoris: ſiue quia cùm filio pupillariter ſubſtituit, etiam vulgariter ei ſubſtituiſſet, ſi cogitaſſet caſum quo filius nollet, aut non poſſet eſſe hæres: ſiue, quod magis credo, & pluribus placet, quia in ipſa expreſſa voluntate, qua pater per Pupillarem expreſſam voluit, vt ſua hæreditas deueniret ad ſubſtitutum mediante perſona filij, ſi is poſt illam adeptam in pupillari ætate decederet, continetur voluntas tacita, qua etiam cenſetur voluiſſe, vt immediatè ſua hæreditas ad ſubſtitutum perueniret, ſi filius ante illam adeptam moreretur. Id quod argumento à fortiori bene deducit Donel. *lib. 6. de Iure ciuili cap 24. verſ. Alia ſubſtitutione.* Nam pater ſubſtituendo expreſsè pupillariter filio, voluit vt tam ſua, quàm filij bona ad ſubſtitutum peruenirent; vtraque namque per talem ſubſtitutionem ſubſtituto deferuntur; *l. Sed ſi plures, §. Ad ſubſtitutos, ff. de Vulgari*: per Vulgarem autem ſolùm deferuntur bona ipſius teſtatoris: ſi ergo pater voluit, vt ſubſtitutus ſibi, & filio hæres eſſet, bene colligitur multò magis voluiſſe, vt ſibi tantùm ſuccederet, quando vtrique ſuccedere non poſſet, & ita quod Vulgaris locum haberet, caſu quo Pupillaris ceſſaret. 47

Tradita communis ſententia ampliatur primò, vt procedat licèt ipſa Pupillaris ſubſtitutio inutiliter ſit facta, vt quando eſſet facta extraneo, vel non exiſtenti in poteſtate, vel puberi: nam tunc etiam in illa continetur, & admittitur tacita Vulgaris, ex ratione pro prædicta ſententia adducta. Ita ſentiunt Barth. *in l. 1. num. 57. ff. de Vulgari, & alijs in locis*, Bald. *in l. fin. num. 8. Cod de Inſtitut. & ſubſtitut.* Barth. de Hucio *tract. de ſubſtitut. cap. 1. num. 27.* Bald. de Vbaldis *tract. etiam de Subſtit. in rubr. de Subſtitutione Vulgari, num. 41.* Mantica *lib. 1. de Conject. tit. 3. num. 22 & ſeq* Molin. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 184. poſt med.* Menoch. *d. præſumpt. 43. num 6.* Fuſar. *d. q. 24.* & plures alij, quos referunt. Nec obſtat axioma, *Si non valet quod ago, vt ago, non valet,* 48

valet, vt valere poteſt, l Non codicillum, Cod. de Teſtament. cum concordant. Nam hoc axioma multas patitur limitationes; quarum aliquas attingit Sanch. *lib.* 1. *de Matrimon. diſp.* 20. *numer.* 3. *verſ. Tertiò quia, & diſp.* 21. *num.* 2. vbi ponit limitationem, quam in ſpecie præſentis caſus approbat etiam Baldus *in l. vltim. num.* 15. *Cod. de Hæred. inſtit.* & ex eo Mantica, *d. tit.* 3 *num.* 24. aſſerendo, illud axioma non procedere, quando id quod valere poteſt, includitur in eo quod non valet, vt per *l. Si tam anguſti, ff. de Seruit.* In noſtro autem caſu tacitè includitur Vulgaris in Pupillari expreſſa, vt declaratum eſt.

49 Ampliatur ſecundò, vt procedat, licèt teſtator ſubſtituendo pupillariter, expreſſè dixerit, *Si hæres erit, & in pupillari ætate,* &c. nam licèt conditio, *Si hæres erit,* repugnet omnino Vulgari ſubſtitutioni, quæ ſemper includit contrariam cõditionem, *Si hæres non erit:* attamen ex ſubintellecta voluntate teſtatoris ſubſtituentis pupillariter, conditio illa, *Si hæres erit,* ſolùm apponitur reſpectu ipſius Pupillaris, & non excluditur Vulgaris; imò eo ipſo quòd teſtator voluit, vt ſubſtitutus ſuccederet ex Pupillari, eueniente caſu illius, cenſetur ex interpretatione voluiſſe etiam vt ſuccederet ex Vulgari, ſi caſus Pupillaris non eueniret, vt probatum eſt, & ita ſentiunt Donel. *loco ſupra citat.* Paul. Caſtr. & illum referens Mantica *d. tit.* 3. *numer.* 2. Menchac. *lib.* 2. *de Succeſſ. progreſſu,* §. 12. *num.* 9. *&* §. 15. *num.* 6. Trentacinq. *de Subſt. p.* 2. *cap.* 5. & alij quos citat, & ſequitur Fuſar. *d. q.* 24 *num.* 8.

50 Ampliatur tertiò, vt procedat, licèt Pupillaris expreſſa ſit reſtricta ad breuius tempus, quàm ætatis pupillaris, vt quando teſtator diceret, *Si filius meus decedat intra decimum annum, vel in ætate infantili.* Sic Barthol. *in l.* 1 *num.* 56. *ff. de Vulgari,* Alex. *in l. Si ita quis,* aliàs, *ſed ſi quis ita, num.* 2. *ff. eod.* Mantic. *lib.* 5. *de Conject. vlt. volunt. tit.* 3. *num.* 21. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 43. *num.* 5. Fuſar. *d. q.* 24. *num.* 3. & alij quos referunt, licèt nonnulli contradixerint. Probatur bene eo argumento; quia Vulgaris ſubſtitutio, quanuis non ſit facta ſimpliciter, ſed in vnum caſum ſingularem, ſeu indiuiduum, adhuc tamen continet tacitam Pupillarem, perinde acſi eſſet facta ſimpliciter, vt per *l. vltim. Cod. de Inſtitut. & ſubſtitut.* ergo pari ratione Pupillaris ſubſtitutio, quanuis non ſit facta ſimplieiter, vel vſque ad tempus pubertatis, ſed ad breuius tempus, juxta *d. l. Siquis ita,* tacitam Vulgarem continere cenſenda eſt.

In multis autem caſibus prædicta communis ſententia limitationem patitur, quia in primis non procedit, ſi ex conjecturis, vel aliàs conſtet, contrariam fuiſſe teſtatoris voluntatem *d. l. Iam hoc jure, ad fin.* ibi: *Si voluntas parentis non refragetur, ff. de Vulgari,* & ita ſcribunt Barth. *in d. l.* 1. *num* 34. *ff. eodem,* Bald. *in l. Quãuis, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Mantica, *lib.* 5. *de Conject. tit.* 4. *num.* 1. & alij. 51

Vnde ſequitur primò locum non habere dictam Vulgarem tacitam, quando teſtator in vtrumque caſum (ſcilicet Vulgaris, & Pupillaris) expreſsè prouidit: tunc enim cenſetur noluiſſe, vt vna in alia contineretur; & ſic neutra tacita locum habet. Ita communiter DD. per *l. Cùm ex filio,* §. 1. *vbi Gloſ. verb. Aliàs,* & Barth. *ff. de Vulgari,* idem Barth. *in l.* 1. *numer.* 34. & Socin. ſen. *num.* 38. *verſ. Quartò, ff. eod.* Bald. de Vbal. *tract. de Subſtit. rubr. de Subſtit. Vulgari, num.* 16. Fuſar. plures referens *d. q.* 24. *num.* 18. & Mantic. *lib.* 5. *de Conject. tit.* 4. *num.* 2. *& tit.* 14. *num.* 13. vbi ad hoc notat, communem regulam eſſe, quòd expreſſa prouiſio hominis facit ceſſare tacitam prouidentiam legis, vt per *l. Maritus, Cod. de Procurat. & l. vltim. Cod de Pactis conuent.* quæ regula non ſolùm procedit, quando tacitum, & expreſſum eſt circa idem, ſed etiam quando expreſſum eſt, circa diuerſum, vt idem Mantica probat, & declarat per caſum *d. l. Maritus.* 52

Sequitur ſecundò, non contineri tacitè dictam Vulgarem quando teſtator cogitauit, & tamen vulgariter non ſubſtitu- 53

 it:

it: ſufficiens enim inde capitur conjectura, cum noluiſſe ita ſubſtituere. Sic Decius *conſ.* 315.*n.* 3. quem ſequitur Mantica *d tit.* 4. *num.* 2. Vnde ſi pater habeat duos filios impuberes, & vni ſubſtituat vulgariter, & alteri pupillariter, ceſſat in vtroque caſu ſubſtitutio tacita. Sic relatis alijs Mantica *loco citat.* & Fuſar. plures referens *d. q.* 24. *num.* 25. licèt nonnulli contrarium ſentire videantur.

54 Sequitur tertiò, ceſſare dictam Vulgarem, ſi mater teſtatoris ſuperſtes ſit; quod non præſumatur voluiſſe teſtatorem matrem ſuam excludi per ſubſtitutum in caſu non expreſſo. Ita Barth. *in l.* 1. *num.* 41. *ff. de Vulgari*, & ibi Jaſ. *num.* 3. Alex. *num* 38. Socin. ſen. *num.* 24. Alciat. *num.* 57. Ripa, *num.* 175. & alij communiter ibid. Couar. *in cap. Raynutius*, §. 4. *in fine de Teſtam.* Mantica *d. tit.* 4. *num.* 5. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 43. *num.* 11. Trentac. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 13. *num.* 5. Fuſar. *de Subſtit. q* 61 *numer.* 1. & plures alij quos referunt, eſtque penè omnium ſententia. Quæ tamen limitatur, niſi eſſet ſubſtitutus aliquis ex deſcendentibus ipſius teſtatoris, vt aduertunt Alex. Ripa, Couar. Mant. Menoch *loc. citat.* & alij. Aliqui etiam apud Fuſar. *num.* 3. eam limitant, vt non procedat, quando Pupillaris eſſet concepta his verbis: *Inſtituo filium meum, & ſi deceſſerit in pupillari ætate*, &c. Hæc tamen limitatio mihi eſt valde ſuſpecta, & credo eſſe contra communem aliorum ſenſum.

55 Sequitur quartò, non contineri dictam Vulgarem, quando filius exhæredatus fuiſſet ſubſtitutus per Pupillarem. Quia cùm ſit excluſus per exhæredationem à bonis patris, non debet intelligi admiſſus per Vulgarem, niſi exprimatur. Ita Cumanus *in l. Qui habebat, per text. ibi, ff. de Vulgari*, Craſſus, §. *Subſtitutio*, *q.* 28. *num.* 5. Trentac. *d. p.* 1, *cap.* 1. *num.* 13. & alij, quos citat, & ſequitur Fuſar. *de Subſtit. q.* 24. *num.* 23. licèt contrarium teneat Socin. jun. *l.* 2. *num.* 91. *ff. de Vulgari.*

56 Deinde non procedit etiam dicta communis ſententia principalis, ſi ſubſtitutus eſt incapax ſuccedendi teſtatori, quamuis ſit capax bonorum pupilli, vt ſit filius ſpurius teſtatoris. Tunc enim ceſſat Vulgaris, quia per eam non ſucceditur pupillo, ſed teſtatori, & ita ſentiunt Barth. *in l.* 1. *Cod. de Natural. lib.* Bald. *in l. Si is qui ex bonis*, *ff. de Vulgari*, & ibi Angel. & Jaſ. *num.* 9. Mantica *lib.* 5. *de Conject. tit.* 4. *num.* 3. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 14. Menoch. *d. præſumpt.* 43. *num.* 9. & Fuſar. plures referens *d. q.* 24. *num.* 14. Hinc infertes, ſi pater ſubſtituat pupillariter filium naturalem non côtineri tacitam Vulgarem in ea Pupillari, ſi ſupereſt alius filius legitimus, qui velit ſuccedere; quòd tunc nequeat naturalis ſuccedere teſtatori. Secus autem, ſi legitimus non ſuperſit. Ita cum alijs Menoch. & Fuſar. *loc. citat.* Quod in Luſitania ſolùm habet locum in filio naturali hominis non plebeij, aſcendentes legitimos non habentis. Nam vt habetur *lib.* 4 *Ordin. tit.* 92. homo non plebeius, vulgo *Caualleiro*, ſi habeat deſcendentes legitimos nihil poteſt relinquere filio naturali; ſi verò tantùm habeat aſcendentes, poteſt illi relinquere de tertio, quod voluerit: quòd ſi etiam aſcendentibus careat, omnia bona illi poteſt relinquere: filius auté naturalis hominis plebeij perinde poteſt patri ſuccedere, acſi eſſet legitimus.

Limitari præterea ſolet dicta communis ſententia in caſu, quo ipſi impuberi ſubſtituerentur ejus cohæredes; quòd tûc eueniente caſu Vulgaris ſuccederent illi ſubſtituti per jus accreſcendi, & ita ceſſaret tacita Vulgaris. Sic docent Socin. ſen. *in l.* 1. *num.* 35. *ff. de Vulgari*, Mantica *d. tit.* 4. *num.* 11. Menoch. *d. præſumpt.* 43. *num.* 12. & Fuſar. *d. q.* 24. *num.* 17. Bene autem aduertit Mantica, nihil referre, vtrùm tales cohæredes admittantur ex tacita Vulgari comprehenſa in Pupillari, vel ex jure accreſcendi; quod etiam tacita quædam eſt ſubſtitutio, *l. Si Titio, & Mæuio*, §. *Iulianus, cum Gloſ. ff. de Leg.* 2. 57

Limitatur item præfata ſententia, vt non procedat, quando ſubſtitutio Pupillaris 58

laris eſſet facta exhæredato, vel præterito, nam tunc ceſſat tacita Vulgaris, vt per DD. *in l. 2 ff de Vulgari*, vbi Socin. jun. *num.* 93. Menchac. *lib. 2. de Succeſſ. progreſſu, §. 15. numer. 14. verſ. Quintus caſus, & num. 53. & ſeq.* Trentacinq. *d cap. 1. num* 14. & alij apud Fuſar. *d. q. 24. numer. 21.* Ratio eſt facilis, quia pater ſubſtituens filio exhæredato, vel præterito, ſolùm vult vt ſubſtitutus ſuccedat in bonis, quæ ille filius habuerit aliunde quàm ex paterna hæreditate, à qua eum excludit, & ſic non vult vt talis ſubſtitutus ſibi ſuccedat per Vulgarem, cùm per hanc vocetur ſubſtitutus ad hæreditatem, & bona ipſius ſubſtituentis. Accedit, quòd exhæredans, vel præteriens filium, inſtituit alium hæredem, cui ex ipſa inſtitutione vult ſuam hæreditatem deferri, & ſic non vult eam dare ex tacita Vulgari, quæ in Pupillari expreſſa illi filio facta includatur.

59 Unde procedit hæc limitatio, quanuis filius ſit injuſtè exhæredatus, vel præteritus, & ex ea cauſa rumpat inſtitutionem alterius; quia ſemper ſtat, quòd teſtator noluit in illa Pupillari includi Vulgarem. Stat præterea quòd rupto teſtamento per filium injuſtè exhæredatum, vel præteritum, licèt ſubſtitutio Pupillaris in eo facta ſuſtineatur per *Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter.* non tamen ſuſtinetur vlla ſubſtitutio Vulgaris, quæ ibidem facta ſit; cùm teſtator per talem ſubſtitutionem ſibi hæredem inſtituat: rupto autem teſtamento ex cauſa exhæredationis, vel præteritionis, quanuis cætera in eo contenta permaneant, inſtitutiones tamen corruunt, vt *per d. Auth. Ex cauſa*: quod intelligitur de inſtitutionibus, & ſubſtitutionibus directis, per quas ſucceditur teſtatori, vt optimè probat Barth. *in d. Auth. Ex cauſa, num.* 16. & ita in ſpecie ſentiunt Anton. Gomez *tom. 1. Var. cap 3. ſub num. 23. §. Dubium tamen* Menchac. *d. num. 14. verſ. Quartus caſus* Trentac. *de Subſtit. p. 1. cap. 1. num.* 19. & alij apud Fuſar. *d. q. 24. num.* 20. aſſerentes non contineri tacitam Vulgarem in Pupillari, quæ ſuſtinetur beneficio *d. Auth. Ex cauſa*.

Limitatur vltimò dicta principalis 60
ſententia, vt non procedat quando Pupillaris eſſet facta ſeparatim, & longo interuallo poſt teſtamentum patris. Ita Bald. *in l. Siquis eum, §. 1. ff. de Vulgari*, Alex. *in l. 2. ff. de Vulgari*, Iaſ. *ibid. & in d. l. Iam hoc jure col. 3. ff. eod.* Menchac. *de Succeſſ. progreſ. lib. 2. §. 11. num 23. verſ. Hactenus*, dicens eſſe communem, *& §. 15. num. 14. verſ. Sextus*, Mantica *lib. 5 de Conject. tit. 4. num. 9.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 43. numer.* 10. Trentac. *d cap. 1. num.* 12. & alij apud Fuſar. *d. q. 24. num.* 16. qui tamen *numer.* 17. contrariam opinionem magis probat, adducendo pro ea Imolam, & vtrumque Socin. ſen. & jun. Fundamentum eſt, quia licèt Pupillaris ſubſtitutio fieri poſſit ex interuallo poſt teſtamentum patris, *l. Siquis eum, §. 1. ff. de Vulgari*: at Vulgaris ita fieri nequit, cùm ſit pars maximè principalis ipſius teſtamenti, quod diuerſis temporibus fieri nequit, *l. Cùm antiquitas; Cod. de Teſtament.* Id quod ampliùs conſtabit ex dicendis *§. ſeq.* vbi de ſolemnitate ad Vulgarem ſubſtitutionem neceſſariâ nobis agendum eſt.

Secunda quæſtio eſt, vtrum in ſubſtitu- 61
tione Exemplari expreſſa contineatur tacita Vulgaris? Reſpondetur affirmatiuè. Ita ſentiunt Barth. *in l. Ex facto, num. 34. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 79. & Alciat. *num. 70. verſ. Sed quid in caſu contrario*, Bald. *in l. Humanitatis, num. 33. ſub verſ. Octauo, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Mantica *lib. 5. de Conject. tit. 3 num. 8. & tit. 16. num.* 18. Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 44. num.* 1. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 173. licèt contrarium doceat Lancelot. Polit. *tract. de Subſtitut. tit. de Exemplari, numer.* 22. Fundamentum eſt, quia Exemplaris eſt introducta ad exemplum, & ſimilitudinem Pupillaris, *§. Qua ratione, Inſt. de Pupil.* igitur qua ratione Pupillaris expreſſa continet tacitam Vulgarem, vt in proxima q. dictum eſt, eâdem etiam illam continet expreſſa Exemplaris. Unde aduertunt bene Menoch. *d. præſumpt. 44. fine*,

Digitized by Google

fine, & Fuſar. *vbi ſupra*, hanc reſolutionem limitari cum propoſitione in omnibus caſibus, in quibus dictum eſt non cōtineri Vulgarem in Pupillari.

62 Tertia quæſtio eſt, vtrum Vulgaris ſubſtitutio contineatur in Fideicommiſſaria? Reſpondetur negatiuè, vt tradit Gloſ. & Barth. *num.2.* quem alij ſequuntur *in l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari* Alex. *conſ.1.num.1. vol.1.* & Mantica *d. tit.3. num.11.* dicens id probari euidenter *in l. Ille à quo, §. Si de teſtamento, & l.fin.ff. Ad Trebel.* Hinc tamen excipitur ſpecialiter caſus, quo miles per fideicommiſſum relinqueret libertatem, & hæreditatem ſeruo: nam tale fideicommiſſum continet tacitè Vulgarem, ex qua ille ſeruus directè ſuccedet teſtatori, ſi inſtituti non adita hæreditate moriantur, vt expreſsè habetur *in l. Neque enim, 14. §. fin. ff. de Milit. teſtam.* Idemque eſt, quando tale fideicommiſſum eſſet factum à pagano, ſi inſtituti, eo ignorante, vel poſt ejus mortem, non adita hæreditate, decederent, vt *ibidem, in ſequenti*, ſtatuitur. Hujus caſus meminit Barth. *in l.1.num.32.ff. de Vulgari*, & Mantica, *tit. 3. num.* 10. qui notant eſſe caſum ſpecialem.

§. 3. *Quæ ſolemnitas ad valorem Vulgaris ſubſtitutionis requiratur?*

SUMMARIUM.

AD Vulgarem ſubſtitutionē requiruntur omnes juris ſolemnitates, quæ ad valorem teſtamenti ſunt neceſſariæ; num.63.

Subſtitutio Vulgaris non poteſt fieri codicillis, ſicut nec vlla alia directa: ſi tamen in codicillis fiat, obliquabitur, & valebit in vim fideicommiſſi; num.64.

Si ſubſtitutio Vulgaris adimatur in codicillis, trahetur ademptio ad fideicommiſſum; ſi hæreditas alteri applicetur: alioqui erit nulla ademptio; ibid.

Vtrum ad ſubſtitutionem Vulgarem requiratur, quòd illam præcedat inſtitutio? num.66. & ſeqq.

Vtrum Vulgaris ſubſtitutio poſſit fieri ſeparatim ex interuallo poſt perfectum teſtamentum, in quo eſt inſtitutus heres, cui per illam datur ſubſtitutus? Affirmant aliqui; num.69. Alij verius negant; num.70. & ſeqq.

Tam codicilli quàm tabulæ Pupillares ſunt quædam appendices, & veluti ſequelæ teſtamenti; non verò partes principales, & ideo poſſunt fieri ex interuallo poſt teſtamentum; num.71.

Tabulæ pupillares non faciunt vnum cum teſtamento patris, ſed ipſæ per ſe ſunt diſtinctum teſtamentum filio impuberi factum; num.72.

Siquis teſtamentum fecerit, & poſtea ex interuallo coram ſeptem teſtibus fecerit ſubſtitutionem Vulgarem, an ita ſubſtituendo intelligatur voluiſſe facere nouum teſtamentum? num. 73. & ſeqq.

Si notarius in inſtrumento teſtamenti nuncupatiuè facti omiſit ſcribere ſubſtitutionem Vulgarem, vel aliam directam, quæ à teſtatore legitimè fuerat nuncupata, poteſt poſtea ea ſubſtitutio probari per teſtes; numer. 78. Quot teſtes requirantur? num.79.

Ad probandam ſubſtitutionem Fideicommiſſariam, quam notarius in ſcriptura teſtamenti omiſit, quot teſtes ſufficiant? num.80.

Quæ ſolùm poſſunt fieri in teſtamento requirunt ad ſui probationem eundem numerum teſtium, qui ad valorem teſtamenti neceſſarius eſt; num.81.

Error notarij circa ſolemnitatem teſtamenti poteſt probari duobus teſtibus; ibidem.

Teſtamentum inter liberos, & quælibet alia diſpoſitio priuilegiata, quæ cum ſolis duobus teſtibus fieri poteſt, non indiget maiori numero teſtium ad ſui probationem; num.82.

REgula hac in re eſt, ad Vulgarem 63
ſubſtitutionem requiri omnes juris ſolemnitates, quæ ad valorem teſtamenti ſunt neceſſariæ. Ratio eſt manifeſta; tum quia hujuſmodi ſubſtitutio, & quæ-

Digitized by Google

quælibet alia directa, ſolùm poteſt fieri in teſtamento; cùm per talem ſubſtitutionem detur hæreditas directò, quod non aliter, quàm teſtamento fieri poteſt, ſecluſis priuilegijs, vt probauimus *diſp præcedenti ſect.* 2. Tum etiam, quia ſubſtitutio Vulgaris dat vires teſtamento, adeò vt hoc ab illa poſsit incipere, vt eſt communiſsima omnium ſententia per *l. Siquis ita hæres inſtituatur*, 82 *ff. de Hæred inſtit. & l.* 3. *in fine, ff. de Liber. & poſth.* Igitur niſi interueniant omnia requiſita ad valorem teſtamenti, ſtare nequit ſubſtitutio Vulgaris.

64 Hinc infertur hanc ſubſtitutionem non poſſe fieri codicillis, ſicut nec vlla alia directa, vt notauimus *diſp* 2. *ſect.* 10. §. 1. *numer.* 384. & tradit, loquendo in ſpecie de Vulgari, Fuſar. plures referens *tract. de Subſtitut q.* 19. *num.* 1. Si tamen hæc, vel alia directa ſubſtitutio in codicillis fiat, obliquabitur, & valebit in vim fideicommiſsi, vt probat text. *in l Seruius Saturninus, & in l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* eſtque communiſsima DD. ſententia, quam tradunt Barth *in l Centurio, col.* 3. *& in l Lucius, col fin. ff de Vulgari*, Couar. *in cap. Raynutius*, §. 7. *num.* 4. *de Teſtam.* Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 33 *num.* 68 Mantic. *de Conject. vltim vol. lib.* 5. *tit.* 2. *num.* 11. Trentacinq *de Subſtitut p.* 5 *cap.* 10. *num* 8 & plures alij, quos congerit Fuſar. *de Subſtit. q* 8. *num.* 18. qui idem tenet *d q.* 19. *num.* 9. Vnde etiam conſequens eſt, quòd licèt dicta ſubſtitutio nequeat adimi in codicillis, cùm in his neque dari, neque adimi poſſit hæreditas, *l.* 2. *§. Hæreditas, l. Diui, in princip ff. de Iure codicil. l.* 2. *l. Si idem, Cod. de Codicil. §. Codicillis autem, Inſt. tit. eod. tit. cum concord.* tamen ſi in codicillis adimatur trahetur ſimiliter ademptio ad fideicommiſſum, vt per *d. l.* 2. *ff. de Iure codicil. & l. Hæreditas, Cod. de His quib. vt indignis.* Quod procedit, ſi hæreditas alteri applicetur; ſecus verò ſi ademptio fieret ſimpliciter; nam tunc nulla omnino eſſet. Sic Fuſar. *d. q.* 19. *num.* 10. *cum Gloſ. in l. pen. §. vlt.* & ibi Barth. & Paul. Caſtr. *ff. de Condit. inſtit.* Imol. *in l.* 1. *in fine, ff. de Iniuſto rupto*, Cephal. *conſ* 467. *num* 86. & alij, quos refert.

65 Infertur etiam non valere Vulgarem ſubſtitutionem factam de perſona extranea in teſtamento minùs ſolemni inter liberos; vt notant Trentacinq. *tract. de Subſtitut. p.* 1 *cap.* 1. *num.* 18. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 24. *num.* 19. Nam licèt tale teſtamentum ſit priuilegiatum vt valeat abſque iuris ſolemnitatibus, id intelligitur quantum ad diſpoſita inter ipſos liberos, & fortè etiam quoad legata, & fideicommiſſa extraneis relicta, non autem quoad inſtitutiones extraneorum, ſi quæ ibi fuerint admiſtæ, vt conſtat ex *l. vlt. Cod. Famil. erciſc. & ex l. Hac conſultiſſima, §. Ex imperfecto, Cod. de Teſtam.* & à nobis traditum eſt, *diſp.* 2. *ſect* 7. §. 5. *num.* 199. *& ſeqq.* ergo cùm dicta ſubſtitutio ſit quædam inſtitutio perſonæ extraneæ, eſt inualida ob defectum ſolemnitatis teſtamentariæ, quæ in illo teſtamento non remittitur reſpectu extraneorum.

66 Quæres vtrum ſit ſolemnitas, vel requiſitum neceſſarium ad ſubſtitutionem Vulgarem, quòd illam præcedat inſtitutio? Ratio dubitandi pro parte affirmatiua eſt, quia ſubſtitutio Vulgaris includit conditionem, ſi inſtitutus nolit, aut non poſsit eſſe hæres; ergo ſupponit neceſſariò inſtitutionem hæredis, quo deficiente admittatur ſubſtitutus, & hanc partem videtur tenere Gloſ. *in l.* 1. *verb. Inſtitutione, ff. de Vulgari*, & Dinus *ibidem.* Communis tamen reſolutio eſt, ad Vulgarem ſubſtitutionem non requiri inſtitutionem expreſſam, ſed ſufficere tacitam: alteram tamen earum neceſſariam eſſe. Ita ſentiunt Barth. *in d. l.* 1. *numer.* 16 *ff. de Vulgari* Bald. de Vbald. *de Subſtit. in rubr de Subſtitutione Vulgari num.* 8. Barth. de Hucio *de Subſtit. cap.* 1. *num* 6. & plures alij quos citat, & ſequitur Fuſar. *de Subſtit. q.* 20. *num.* 1.

67 Quòd ſufficiat inſtitutio tacita probant citati DD. per *d l. Siquis ita hæres inſtituatur*, 82. *ff de Hæred. inſtit.* quæ probat valere diſpoſitionem, qua quis inſtitua-

tuitur hæres ſub conditione, ſi legitimus, ſeu veniens ab inteſtato, nolit teſtatori ſuccedere: vbi apparet dari ſubſtitutum vulgarem legitimo hæredi, cùm is non fuerit expreſſè inſtitutus, ſed ſolùm tacitè, & quatenus non fuit excluſus per teſtatorem, quominus poſſet ei ſuccedere, ſi vellet; quod Barth. & alij declarant, & probant *argum. l. Conficiuntur, ff. de Iure codicil.* Vnde non debes intelligere, quòd ille legitimus fuerit tacitè vocatus ad hæreditatem per illud teſtamentum, quaſi teſtator videatur illum inſtituiſſe, eo ipſo quòd illi dedit ſubſtitutum; id enim falſum eſſe conſtat per *l. Ex facto, 19. ff. de Hæred. inſtit.* de qua paulo infra ſermo erit, ſed ſolùm in quantum ei per illud teſtamentum non fuit ablata hæreditas, quæ per legem illi defertur ab inteſtato, vt bene declarat Lancel. Polit. *tract. de Subſtit. rubr. de Subſtit. Vulgari, particula, 2 num. 16. & 18.* qui propterea vult, illum non dici propriè inſtitutum, ſed impropriè: & conſequenter ſubſtitutum illi datum potiùs dicendum eſſe inſtitutum ſub conditione, ſi ille legitimus nolit eſſe hæres. Quòd quidem mihi etiam placet; ſed tamen non eſt recedendum à communi modo loquendi cæterorũ DD. qui illum legitimum appellant tacitè inſtitutum, & alterum ſubſtitutum.

68 Quòd autem vel expreſſa, vel ſaltem tacita inſtitutio ſit neceſſaria, vt Vulgaris ſubſtitutio locum habeat, probari ſolet ex ipſo vocabulo, & natura talis ſubſtitutionis; cùm ea nihil aliud ſit, quàm ſubrogatio in locum inſtituti. Nihilominus ſunt qui teneant nullam prorſus requiri inſtitutionem. Ita ſentiunt nonnulli, quos tacito nomine refert Polit. *d. num.* 18. & videtur tenere Mantica *lib. 5. de Conject. tit. 5. num. 4.* vbi ita ſcribit, *Si fiat ſubſtitutio ei, qui nullo modo fuit inſtitutus, valet teſtamentum, & ſubſtitutus ſuccedit.* Et ita etiam loquitur ac ſentit Gloſ. communiter recepta *in d. l. Ex facto, 19. verb. Eſſet data, ff. de Hæred. inſtit.* per illum textum, in quo juxta communem intellectum admittitur ad partem vacantem hæreditatis inſtitutus ſub conditione, *Si Seius non erit hæres*; cùm Seius non fuerit inſtitutus, neque vlla ratione ad hæreditatem admiſſus, vt ibidem declaratur. Hæc autem controuerſia ſolùm ſpectat ad modum loquendi: quia non dubitatur, an debeat admitti inſtitutus ſub conditione, ſi alter, qui nullo modo fuit inſtitutus, non erit hæres. Nam conſtat admitti debere, juxta communem ſententiam, in qua plerique conueniunt, ſequendo Gloſſam *proximè citat.* ſed an debeat dici ſubſtitutus, vel inſtitutus? Et quidem parum refert, vtrum hoc, vel illo modo loquaris: videtur autem conciliari poſſe vtramque opinionem, ſi dicamus, eſſe ſubſtitutum apparenter, ſecundùm formam verborum, reipſa autem ſolùm eſſe inſtitutum ſub conditione. Unde ſemper ad veram ſubſtitutionem Vulgarem neceſſaria erit aliqua inſtitutio, vel tacita, vel expreſſa.

69 Quæris præterea, vtrum Vulgaris ſubſtitutio poſſit fieri ſeparatim ex interuallo poſt perfectum teſtamentum, in quo eſt inſtitutus hæres, cui per illam datur ſubſtitutus? Affirmatiuam partem approbat Imola *in l. Si quis eum, §. Si ſuo teſtamento num. 4. verſ. Item nec videtur, ff. de Vulgari*, dicens, non videri verum, quòd ſubſtitutio Vulgaris non poſſit ita fieri, dummodo legitimus numerus teſtium adhibeatur, id eſt, ſeptem; quòd hoc nullo jure cautum reperiatur. Idem ſentiunt Socin. ſen. *in l. 2. col. 8.* & ibid. Socin. jun. *num. 90. ff. eodem.* Menchac. *de Succeſſ. progreſ. § 12. num. 7.* & Fuſar. *de Subſtit. q. 24. num. 17.* quatenus aſſerunt, contineri tacitam Vulgarem in Pupillari expreſſa facta ex interuallo poſt teſtamentum patris.

70 Contraria tamen ſententia eſt verior, & receptior, quam tenent Bald. *in l. Si quis eum, §. 1. col. 1. verſ. Quæro qualiter intelligatur*, & ibi Alex. *ſub num. 9.* Iaſon *in l. Iam hoc jure, num. 50. verſ. Quæro notabiliter, ff. de Vulgari*, Craſſus *in §. Subſtitutio, q. 28 num. 2.* aſſerens eſſe cõmunem opinionem, Mantica *de Conject. vltim. vol. lib. 5. tit. 4. num. 9.* Menoch. *de* Præ-

Digitized by Google

Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 43. num. 10. Trentacinq: *de Subſtitut. p. 1. cap.* 1. *num.* 12. & plures alij, quos refert Fuſar. *d. q.* 24. *num.* 16. qui inde deducunt non continerí tacitam Vulgarem in Pupillari expreſſa facta ex magno interuallo poſt patris teſtamentum. Probatur, quia ſubſtitutió Vulgaris facta hæredi ſcripto in teſtamento eſt pars valde principalis, & propria ipſius teſtamenti, adeò vt hoc ab illa poſsit vires accipere, *l. 3. in fine, ff. de Liber. & poſth.* & illa viciſsim ſtare non poſſit, niſi ſit facta in teſtamento, vt conſtat ex ſupradictis *num.* 63. eſtque indubitata omnium ſententia: ergo non poteſt fieri ex interuallo poſt perfectum teſtamentum: alioqui jam teſtamentum fieret per partes ſeparatim, ac diverſis temporibus conſtitutas, quod eſſe non poteſt, cùm teſtamentum vno contextu fieri debeat, & aliter factum ſit nullum, *l. Hæredes palam*, 21. *ff. de Teſtament. l. Antiquitas, Cod eod. tit.*

71 Nec obſtat ſi dicas, quòd etiam codicilli facti ab eo qui teſtatus eſt, & tabulæ pupillares, ideſt Pupillaris ſubſtitutio, intelliguntur eſſe partes teſtamenti *l. pen. ff. Quemadmodum teſtam. aper.* & tamen ex interuallo poſt teſtamentum fieri poſſunt, vt de codicillis eſt notiſsimum, & de tabulis pupillaribus expreſsè habetur *in d. l. Siquis eum §. 1. ff. de Vulgari.* Id inquam, non obſtat; nam vt bene reſpondet Trentac. *loc. cit.* tam illi codicilli, quã tabulæ pupillares ſunt quid acceſſorium ad teſtamentum, & quędam illius ſequelæ, non verò partes principales, vt conſtat *per l. Quod per manus*, 10. *& l. Ab inteſtato*, 16. vbi de codicillis, *ff. de Iure codicil.* & per text. *in §. Liberis autem*, vbi de tabulis pupillaribus. *Inſt. de Pupillari.* Vnde mirum non eſt, quòd poſsint fieri ex interuallo poſt perfectum teſtamentum: Vulgaris autem ſubſtitutio eſt pars principalis teſtamenti, vt dictum eſt.

72 Confirmatur, & declaratur prædicta reſponſio, nam ſubſtitutio Vulgaris ita eſt pars teſtamenti, vt cum alijs partibus illius vnum teſtamentum componat, & naturam illius participet, ita vt in ea ſaluari poſsit ipſum teſtamentum, vt ex dictis conſtat. Dicti autem codicilli non cõponunt teſtamentum, neque participant naturam illius, ſed tantùm ſunt quædam appendices ipſius teſtamenti, in quibus illud ſaluari non poteſt, *d. l. Quod per manus, ff. de Iure codicil.* Tabulæ etiam pupillares non faciunt vnum cum teſtamento patris, ſed ipſæ per ſe ſunt diſtinctum teſtamentum filio impuberi factum, & in tantum dicuntur pars teſtamenti paterni, in quantum ſunt quædam ſequela, & velut appendix illius, à cujus valore pendẽt *d. l. Siquis eum, ff. de Vulgari d. §. Liberis autem, Inſt. de Pupillari.* Vnde licèt tam dicti codicilli, quàm tabulæ pupillares poſsint fieri ex interuallo poſt teſtamentum, non cenſetur quòd in tali caſit fiat teſtamentum per partes ſeparatim, & non vno contextu, vt de jure fieri debet: ſecus autem, ſi ſubſtitutio Vulgaris ex tali interuallo fieret, cùm ſit pars componens teſtamenti; & ideo admitti non debet quòd poſsit ita fieri.

Hinc verò non leue ſuboritur dubium, 73
nimirum, ſiquis teſtamentum fecerit, in quo Titium hæredem ſcripſerit, & poſtea ex interuallo Vulgarem ſubſtitutionem fecerit, dicendo coram ſeptem teſtibus, *Si Titius hæres non erit, inſtituo, vel ſubſtituo Seium*, an ita ſubſtituendo intelligatur voluiſſe facere nouum teſtamẽtum? In qua quæſtione tam pars affirmatiua, quàm negatiua magnam cõtinet difficultatem, nam ſi intelligatur voluiſſe facere nouum teſtamentum, conſequenter rumpetur prius teſtamentum, & Titius in eo inſtitutus non poterit eſſe hæres; quia neque erit hæres ex primo teſtamẽto, ſiquidem eſt ruptum; neq; ex ſecundo, ſiquidem in eo non eſt ſcriptus, nec ſola voluntas teſtatoris ſufficit, *l. Quoties, in princ. ff. de Hæred. inſt.* & poſitus in conditione non intelligitur in diſpoſitione, *l. Siquis ſub conditione, ff. Siquis omiſſâ cauſâ teſtament.* atque in ſpecie, quod ex illis verbis, *Si hæres non erit*, non intelligatur inſtitutus, caſus eſt *in dict. leg. Ex facto*, 19. *ff. de Hæred. inſtitut.* Ex quibus admittendus erit

Seius ſcriptus in ſecundo teſtamento valido, excluſo Titio, qui in primo fuit inſtitutus. Quod ſanè videtur abſurdum, cùm id ſit contra voluntatem teſtatoris, quæ totum facit, *l. Ex facto*, 2. *ff. de Hæred. inſtit.*

Si autem dicamus, non intelligi illum
74 teſtatorem voluiſſe facere nouum teſtamentum, videtur obſtare, *l. Illud*, *§. Tractari*, *ff. de Iure codicil.* vbi à ſubſtitutione Vulgari ſumitur conjectura, quòd quis voluerit facere teſtamentum; ſic enim habet ille textus: *Nam ſi à Titio legata reliquit, & ſubſtitutum adſcripſit, ſi hæres non extitiſſet, ſine dubio non codicillos, ſed teſtamentum facere voluiſſe intelligitur.* Obſtat etiam illa regula, quòd quando quis facit diſpoſitionem, quæ non poteſt fieri codicillo, ſed ſolùm teſtamento, præſumitur voluiſſe teſtari, vt ſi aliquem hæredem inſtituit, vel exhæredauit, *l. Nõ codicillum*, 14. *Cod. de Teſtament.* quam regulam tradidimus, & latè explicuimus *diſp.* 2. *§.* 2. *à n.* 422. Subſtitutio autem de qua hic loquimur, ſolùm poteſt fieri teſmento, vt ex dictis conſtat. Obſtat denique illa alia regula, quòd in dubio capienda eſt illa conjectura, quæ facit actum valere, *l. Quoties*, *ff. de Reb dub. l. Quoties*, *ff. de Verb. oblig. & reg.* 68. *ff. de Reg. jur.* dicta autem ſubſtitutio non valeret, niſi intelligatur quòd defunctus ita ſubſtituendo voluit facere nouum teſtamentum, cùm aliàs facta ex interuallo poſt primum teſtamẽtũ, valere nõ poſſit, vt probatũ eſt.

Quid ergo dicendum? Alex. *in l. Siquis*
75 *eum*, *§. Si ſuo teſtamento*, *num.* 10. *ff. de Vulgari*, relatus, & explicatus per Manticam *lib.* 5. *de Conject. tit.* 2. *num.* 2. videtur ſentire, quòd ex Vulgari ſubſtitutione facta ex interuallo non videatur factum aliud teſtamentum, & quòd factum eſt non tollatur, niſi appareat teſtatorem voluiſſe facere ſecundum teſtamentũ: quam ſententiam magis videtur probare idem Mantica *num.* 4. *verſ. Sed quod attinet*, dicens poſſe defendi, quòd Vulgaris facta ſimpliciter poſt teſtamentum, vt in caſu propoſito, non ſufficit ad probandum, quòd teſtator voluerit facere aliud teſtamentum, eâ præſertim ratione, ne Titius in primo teſtamento inſtitutus contra voluntatem teſtatoris excludatur. Et ad text. *in d. l. Illud*, *§. Tractari*, qui videtur contra, reſpondet dupliciter: primò, quòd ibi eſt ſermo, quando Titius fuit etiam expreſsè inſtitutus: ſecundò, quòd ille textus non eſt contentus eâ ſolâ conjecturâ, quòd quis dederit ſubſtitutum, ſed adjecit etiam, quòd à Titio legata fuerint relicta; quæ quidem jure veteri non poterant valere, niſi ex teſtamento, *§ Præterea. Inſt. de Fideicommiſ. hæred.* in noſtro autem caſu fuit ſimpliciter concepta ſola Vulgaris ſubſtitutio. Dici poteſt tertiò & meliùs, quòd in caſu illius textus non ſupponitur fuiſſe antea factum teſtamentum, quo Titius fuerit inſtitutus, ſicut in noſtro caſu; in quo proinde ſatis apparet, quòd teſtator dando ſimpliciter ſubſtitutum hæredi inſtituto in teſtamẽto antea facto, non intendit euertere ipſum teſtamentum, vt contingeret, ſi aliud facere voluiſſet, ſed tantũ facere ſubſtitutionem tanquam appendicem, & ſequelam illius.

Hæc ſententia eſt ſatis probabilis: vn- 76
de eâ retentâ, non obſtant illæ duæ regulæ in contrarium allatę *num.* 74. Reſpondetur enim, eas procedere, niſi ſequatur aliquod abſurdum, vel obſtet ſufficiens conjectura in contrarium, vt in præſenti contingit. Nec refert quòd in hac ſententia peritura ſit illa ſubſtitutio: nam tolerabilius eſt, inutilem reddi teſtatoris diſpoſitionem, quàm quòd valeat contra ejus voluntatem, *l. Verbis ciuilibus*, *& ibi DD. ff. de Vulgari.*

Credit etiam Mantica *ſub num.* 5. dici 77
poſſe, quòd ſi per illam ſubſtitutionẽ cẽſeatur factum ſecundum teſtamentum, debet intelligi ex illis verbis, *Si Titius hæres non erit*, ipſum Titium ibi eſſe inſtitutum, ſi aliàs ab inteſtato non poſſet ſuccedere, juxta *l. Siquis ita hæres inſtituatur*, 82. *ff. de Hæred. inſtit.* Probat quia alioqui iretur contra voluntatem teſtatoris, qui tunc demum voluit Seium admitti, ſi Titius nollet, aut non poſſet eſſe hæres, quòd eludi non de-

debet; nam voluntas totum facit, *l. Ex facto, 2. circa med. ff. de Hæred. inſtit.* & facit vt in teſtamento ſcriptum valeat *l. Si mihi, & tibi, in fine, ff. de Leg.* 1. Ad leges autem adductas *num.* 83. quæ probant ſolam voluntatem non ſufficere ad inſtitutionem hæredis, reſpondet eas non obſtare, quia in noſtro caſu non ſolùm eſt voluntas, ſeu conjectura voluntatis, ſed etiam ſcriptura prioris teſtamenti, ex qua, licèt ipſum teſtamentum fuerit ruptum per poſterius, poteſt declarari, & probari intentio teſtatoris, *l. vlt. juxta communem intellectum, ff. de Reb. eorum.* Et hinc etiam ad *l. Ex facto,* 19. *ff. de Hæred inſtit.* reſpondet eam non refragari, quia loquitur, quandò poſitus in illa conditione, *Si hæres non erit,* non fuerat inſtitutus: in propoſito autem caſu Titius fuit inſtitutus in primo teſtamento, & licèt ex eo nō poſsit adire, ſuppoſito quòd fuerit ruptum per ſecundum; tamen ex ſecundo, quaſi in eo rurſus, ex illis verbis, *Si hæres non erit,* videatur inſtitutus, poterit adire, & excludere ſubſtitutum. Hæc etiam opinio ſatis probabilis mihi videtur, & eò magis placet, quia juxta illam tam inſtitutio, quàm ſubſtitutio ſuſtinetur, juxta voluntatem teſtatoris, quæ ante omnia ſpectari debet.

78 Quæres tandem, ſi notarius in inſtrumento teſtamenti nuncupatiuè facti omiſit ſcribere ſubſtitutionem Vulgarem, quæ à teſtatore legitimè fuerit nuncupata, an poſsit poſtea ea ſubſtitutio probari per teſtes? Reſpondetur affirmatiuè ex communi, & indubitata DD. ſententia; quam relatis pluribus tradit Fuſar. *de Subſtit. q.* 283. *num.* 1. Colligitur *ex l. Quoties, §.* 1. *ff. de Hæred. inſtit. ex l. Errore, Cod. de Teſtament. & ex l. Cùm proponebatur, ff. de Leg.* 2. Ex quibus generaliter affirmat Mantica *lib.* 12. *de Conject. vltim. vol. tit.* 16. *n.* 1. non poſſe dubitari, quin ea, quæ fuerunt dicta à teſtatore, & à notario prætermiſſa, poſsint probari per teſtes, vt ſuum effectum ſortiantur.

79 Quot autem teſtes ad dictam probationem requirantur? Reſpondeo breuiter, requiri illum numerum teſtium, qui ad teſtandum neceſſarius eſt, id eſt, requiri ſeptem teſtes, ſi teſtator ſolùm poterat teſtari ſeruatis ſolemnitatibus juris Ciuilis. Ita ſentiunt Gloſ. *in d. l. Cùm proponebatur, verb. Conjectura, ff. de Leg.* 2. Barth. *ibi num.* 3. Bald. Angel. & Imola *in d. l. Quoties in princip. ff. de Hæred. inſtit.* Jaſ. *in d. l. Errore, num.* 7. *Cod. de Teſtament.* Decius *in l. Si librarius numer.* 10. *ff. de Regul. jur.* & alij quos citat & ſequitur Maſcard. *de Probat. concl.* 643. *num.* 1. *& ſeqq. vol.* 2. *& concluſ.* 1343. *num.* 9. *&* 11. Qui omnes docent, quod ad probandam diſpoſitionem factam in teſtamento, & omiſſam in ſcriptura illius, requiruntur ſeptem teſtes, & ad probandam factam in codicillis, requiruntur quinque, ſicut ad faciendum ipſũ teſtamentum, vel codicillos. Vnde cùm ſubſtitutio de qua loquimur facta ſit in teſtamento, & in eo tantùm fieri poſsit, vt ſupponimus, & probatum eſt, *num.* 73. fit vt ad illam probandam ſeptem teſtes ſint neceſſarij. Et idem eſt de qualibet alia ſubſtitutione directa, vt in ſpecie concludit Maſcard. *d. concl.* 1343. *n.* 12.

Si verò loquamur de ſubſtitutione Fideicommiſſaria, videtur quòd ad eam probandam ſufficiunt quinque teſtes, licèt ſit facta in teſtamento, vt docet Fuſar. *de Subſtit q.* 283. *num.* 3. vbi pro hac ipſa reſolutione allegat Gloſ. Barth. & alios ex proximè citatis; qui tamen id non aſſerunt, ſed potiùs oppoſitum; nam abſolutè dicunt, quòd diſpoſitio facta in teſtamento debet probari ſeptem teſtibus, & loquuntur nominatim in caſu *d. l. Cùm proponebatur,* in quo fuerat omiſſa quædam ſubſtitutio Reciproca in fideicommiſſo particulari, quæ tam in teſtamento, quàm in codicillis fieri poterat. Vnde in ſpecie quòd ſubſtitutio Fideicommiſſaria in ſcriptura teſtamenti omiſſa ſeptem teſtibus probanda ſit, licèt clauſula Codicillaris in eo contineatur, tradit poſt alios Surd. *in conſ.* 129. *& conſ.* 147. *n.* 1. *lib.* 1. prout illũ refert Fuſar. *d. q.* 283. *n.* 7. Nihilominus tamen prædicta Fuſarij opinio mihi videtur ſatis probabilis, quia non debet requiri maior numerus 80

teſtium ad probandam diſpoſitionem teſtatoris, quàm qui ad eam legitimè faciendam ſufficiens eſt: cõſtat autem quod ſubſtitutio Fideicommiſſaria cum ſolis quinque teſtibus fieri poteſt; ſiquidem poteſt fieri in codicillis; qui maiorem numerum teſtium non requirunt, *l. vlt. prope fin. C. de Codic.* Quare hoc ipſum etiam dicendũ eſt in legatis,& alijs diſpoſitionibus, quæ in codicillis fieri poſſunt, nihil obſtante quòd ſint facta in teſtamento.

81 In ijs verò, quæ ſolùm poſſunt fieri in teſtamento, cujuſmodi ſunt datio, & ademptio hæreditatis, & ſubſtitutiones directæ, tenenda omnino eſt ſententia Gloſſæ, & aliorum, quos ſupra allegauimus; quæ ſententia communiſsima eſt; licèt non defuerint, qui abſolutè aſſererent, quòd ad probandum errorem notarij commiſſum in ſcriptura teſtamenti, duo teſtes ſufficiunt, vt videre eſt apud Manticam *de Conject. vlt. vol. lib.* 3. *tit.* 13. Maſcard. *d. concl.* 1343. *num.* 10. & Fuſar. *d q.* 283. *num.* 6. vbi nonnullos allegãt, illud autem notandum, ſi error ſolùm cõtigerit circa ſolemnitatem teſtamenti, vt ſi notarius ſolùm deſcripſit ſex teſtes in teſtamento, poſſe eum errorem probari per duos teſtes, vt eſt communis ſententia, quam relatis pluribus tradit Mantica *de Conject. lib.* 12. *tit.* 16. *num.* 16. *& ſeqq.* Aliud namque eſt probare diſpoſitionem teſtatoris, ad cujus probationem eſt neceſſarius idem numerus (imò & eadem qualitas) teſtium, qui ad illam faciendam; aliud probare teſtamenti ſolemnitatem, licèt hæc etiã ſit de ſubſtantia teſtamenti.

82 Notandum etiam, prędicta intelligi, & procedere ſecluſis priuilegijs, nam ſi teſtamentum, vel diſpoſitio ſit priuilegiata, vt poſsit fieri cum duobus teſtibus, vt ſi eſt facta ad cauſas pias, vel inter liberos, tunc non maiorem teſtium numerum requiri ad illius probationem, & ita loquendo de diſpoſitione, & teſtamento inter liberos docent Mantic. *d. tit.* 16. *n.* 11. & Fuſar. *d q.* 283 *n.* 11. Plura circa probationem errorum in teſtamentis contingentium videri poſſunt apud Manticã, & Maſcard. *loc. cit.* vbi planè hanc materiam tractant.

§. 4. *De conditione,* Si inſtitutus hæres non erit, *quæ in Vulgari ſubſtitutione interuenit, quomodo intelligatur?*

SUMMARIUM.

Conditio, Si hæres non erit, *in ſubſtitutione Vulgari facta ei, qui erat ſui juris, & talis à teſtatore cognoſcebatur, intelligitur, ſi nec ſibi, nec alteri, cui poſtea mutata conditione fuerit ſubjectus, hæreditatem acquiſiuerit. In ſubſtitutione autem facta ei, quem teſtator ſciebat eſſe alieni juris, vt quia erat ſeruus alicujus tertij intelligitur, ſi nec ei cui ſubjectus eſt, nec ſibi, mutata conditione, acquiſiuerit hæreditatem; num.* 83.

Si teſtator vulgariter ſubſtituit ei, quem putabat eſſe ſui juris, cùm reuerà eſſet ſeruus cujuſdam tertij, tali putato libero adeunte, diuidenda eſt hæreditas inter ejus dominum, & ſubſtitutum; n. 84.

Vtrum diuidenda ſit æqualiter? n. 85.

Si verò econtra, teſtator inſtituit hominẽ liberũ, quẽ putabat eſſe ſeruũ, eiq; vulgariter ſubſtituit; illo adeunte, omnino excluditur ſubſtitutus, & vtrũ etiam excludendus ſit dominus putatiuus? num. 86. *& ſeq.*

Quãdo exiſtimatus ſeruus cẽſeatur inſtitutus contemplatione domini? n 87.

Si teſtator inſtituit filiũfam. quẽ putabat eſſe ſui iuris, eiq; vulgariter ſubſtituit, vtrũ eo adeũte hæreditas, aut ſaltẽ vſusfructus, inter ejus patrem, & ſubſtitutum diuidi debeat? n. 88. *& ſeqq. Et quid ſi ille hæreditatem repudiet? n.* 89.

Quid ſi teſtator inſtituit quem putabat eſſe ſui juris, cũ tamen eſset monachus, ei vulgarẽ ſubſtitutũ adſcripſit? n. 91.

Vtrum in d. conditione, Si hæres non erit, *nomine hæredis veniat etiam bonorum poſſeſsor, ſeu qui ſolùm vtiliter eſt hæres, prout de jure Prætorio? n.* 92.

Bonorum poſſeſsor etiam in odioſis, & correctorijs venit nomine hæredis; ibid.

Conditio Vulgaris ſubſtitutionis Si hæres nõ erit, *intelligitur de hærede ex teſtamẽto, ſi inſtitutio præceſsit; num.* 93.

Si

Si inſtitutus ſit hæres legitimus, & is repudiet hæreditatem ex teſtamento, quamuis velit ſuccedere ab inteſtato, locum facit ſubſtituto; ibid. Et quid ſi talis inſtitutus non ſit capax ſuccedendi ex teſtamento, ſed ſolùm ab inteſtato, vt filius ſpurius, qui mortuo patre teſtatore legitimaretur? num.94.

EX ſuperioribus conſtat, & certiſsimum eſt, in omni ſubſtitutione Vulgari neceſſariò interuenire, ſeu includi conditionem, *Si inſtitutus non erit hæres*, circa quam plura veniunt explicanda; & ante omnia, quomodo illa ſit intelligenda.

83 Hac igitur in re conſtat de jure, quòd quando datur ſubſtitutus vulgaris ei, quem teſtator ſciebat, aut non falſò putabat eſſe ſui juris, per illa verba, *Si hæres non erit*, intelligitur, ſi nec ſibi, nec alteri cui poſtea mutata conditione fuerit ſubjectus, hæreditatem acquiſiuerit: & ſimiliter, quando ſubſtitutio fieret ei, quem teſtator ſciebat ſubjectum eſſe alieno juri, vt quia erat ſeruus alicujus tertij, idque teſtator nouerat, per dictam cõditionem, *Si hæres non erit*, intelligitur, ſi nec eum, cui ſubjectus eſt, hæredem fecerit, nec ſibi mutata conditione acquiſierit hæreditatem. Ita expreſsè habetur *in l. Si paterfamiliàs*, 40. *ff. de Hæred. inſtit. & §. vlt. Inſt. de Vulgari ſubſt.*

84 Quando autem teſtator falsò putabat illum eſſe ſui juris, quia reuerà erat ſeruus cujuſdam tertij, diſtinguendum eſt; nam vel apparet mentem teſtatoris fuiſſe, vt illa verba, *Si hæres non erit*, acciperentur juxta interpretationem juris; & tunc intelliguntur, & valent eodem modo, ſicut quando referuntur ad eum, quem teſtator ſciebat eſſe ſeruum, ideſt, ac diceret, *Si nec domino, nec ſibi, mutata conditione, hæreditatem acquiſiuerit*: vnde in tali caſu, ſi ille ſeruus jubente domino hæreditatem adiuerit, ſubſtitutus excluditur, & dominus fit hæres: vel apparet, quòd teſtator ſolùm voluit, vt ille, quem liberum putabat, ſibi omnino hæreditatẽ quæreret, ita vt eum minimè inſtituiſſet, ſi ſciret eſſe ſeruum; & tunc conditio, *Si hæres non erit*, non intelligitur cum adjectione, *nec alium hæredem fecerit*: vnde in hoc caſu, licèt ille ſeruus domino jubẽte hæreditatem adeat, ſubſtitutus admittitur, excluſo domino, cùm ſeruus ſibi quærere non poſsit, nec dominus per illũ acquirere contra voluntatem teſtatoris. Sic quoad vtrumq; caſum habetur *in l. Cũ proponas, C. de Hæred. inſt.* Vel non apparet de mente teſtatoris: & tũc, cùm dubiũ ſit, vtrum dicendo, *Si hæres non erit*, voluerit teſtator, vt ea verba acciperentur juxta prædictam interpretationem juris, ſecundùm quam, ſeruo illo adeunte, dominus admittitur, & ſubſtitutus excluditur, an potiùs vt acciperentur juxta propriam ipſius teſtatoris opinionem, ideſt, cum reſtrictione ad caſum, quo inſtitutus eſſet liber, & ſibi poſſet hæreditatẽ quærere, vt teſtator putabat, in quo caſu, excluſo domino ſubſtitutus admittitur, vt dictum eſt, neuter in totũ excluditur, ſed ſi talis ſeruus hæreditatem adeat, diuidẽda eſt hæreditas inter illos, ideſt inter dominum, & ſubſtitutum. Sic habetur *in d. l. Si pater, ff. de Hæred. inſtit. & in d. §. vlt. Inſt. de Vulgari.*

Vtrum autem prædicta diuiſio æqualibus portionibus facienda ſit, nec ne? Reſpõdent affirmatiuè, & merito, Polit. *tract. de Subſt. de ſubſt. Vulgari, partic. 3. ſub. n. 2.* Alex. Trentac *de Subſt. p. 1. c 9 n. 3.* licèt contrarium teneant Gloſ. & communiter DD. *in d. l Si pater, & d. §. vlt.* nam licèt in his textibus dicatur, quòd in caſu ibi propoſito fient duo ſemiſſes, & alter corũ diuidetur inter dominum, & ſubſtitutum, id propterea dicitur, quia ſeruus, de quo ibi agitur, non fuit inſtitutus ex aſſe, ſed ex parte, vtpote cui datus fuit cohæres Sẽpronius, qui ei ſubſtitutus eſt, vt manifeſtè colligitur ex textu *in d. l. Si pater*, ibi: *Eiq; ſi hæres non eſſet, Sempronium cohæredem ſubſtituerit*; in qua ſpecie cùm ſeruus ſolũ fuerit inſtitutus pro dimidia parte hæreditatis, rectè ſtatuitur ſolam illam dimidiã diuidendã eſſe inter dominũ, & ſubſtitutũ, propter dubiũ jus vtriuſq; circa partem, in qua ſeruus fuerat inſtitutus. Et 85

hinc manifeſtè ſequitur quòd ſi hujuſmodi ſeruus inſtitutus ſit ex aſſe, tota hæreditas in aſſignato dubio inter dominũ,& ſubſtitutũ æquis portionibus diuidenda eſt,vt noſtra reſolutio affirmat,quã etiam tenet Donel.*lib.6.de Iure ciuili,c.24 verſ. Solam,per l.Et hoc 41.ff.de Hæred.inſtit.*

86 Dubitabis autem quid dicendum, ſi è contrario teſtator inſtituit hominem liberum, putando eſſe ſeruum, eique ſubſtitutum dedit?Nonnulli ex antiquis DD. quos refert Corneus *in d.l. Cùm proponas num.* 19. *Cod. de Hæred. inſtit.* tenent idem, quod in præcedenti caſu, ſcilicet diuidendam eſſe hæreditatem inter ſubſtitutum, & eum cui inſtitutus adeundo acquirit. At communis reſolutio eſt,quòd talis ſeruus putatiuus ſibi totam hæreditam acquirit. Ita reſoluunt Gloſ. communiter recepta, *Inſt. de Vulgari ſubſt. in fine* dicens hoc eſſe citra dubium, Barth. *in d.l. Cùm proponas, numer.* 9. Bald. *ibid. num.*19. dicens hoc eſſe indubitanter verum, ibidem etiam Salicet. *num.* 8. & alij, & Polit. *d.partic.*3.*num.*2. Rationem optimam reddit Bartholus, quia ſi ille inſtitutus eſſet verè ſeruus, & fuiſſet manumiſſus ante aditionem, hæreditas ei quæreretur, vt per *d.l.Si pater, ff.de Hæred. inſtit.* ergo multò magis ei quæritur exiſtenti libero tempore inſtitutionis, cùm non minùs dilectus cenſeri debeat exiſtens liber, quàm ſi eſſet ſeruus. Hæc reſolutio procedit ſimpliciter, & de plano in inſtituto contemplatione ſui. Si enim ſit inſtitutus contemplatione domini putatiui, credit Polit. *loc. citat.* quòd illi tantùm acquiret. argum. *d.l.Cùm proponas, & l.penult. Cod.de Iure deliber. & l Filiofamil.*42. *ff. de Condit. & demonſtr. & l.Si filio,*24.*ff.de Donat. cauſ.mor.* Quod tunc ſolùm miniſterium acquirendi domino in eo ſit conſideratum, vnde non minùs videtur illi acquirere, quàm ſi eſſet verè illius ſeruus.

87 Nihilominus, præfata communis reſolutio etiam in inſtituto contemplatione domini procedit, cum hoc tamen addito; quòd ſic inſtitutus tenetur hæreditatem ſibi aditione acquiſitam reſtituere domino, vt conſtat ex *l.Liber homo, ff. de Acquir. rer. dom.* vbi Barthol. & Gloſ. *verb. Eſſe*, quæ inde infert eum inſtitutum cogendum eſſe adire, & reſtituere, & *ex l. Homo liber ff. eod.* vbi Gloſ. id latiùs declarat,& tradit etiam Corneus *in d.l.Cùm proponas, num.*19. Hoc autem juxta textus, & DD. citatos;intelligitur de inſtituto contemplatione domini illum bona fide poſsidentis; opuſque eſt vt ipſe poſſeſſus ſciens conditionem ſuam quòd ſcilicèt liber ſit) hæreditatem adierit, vt habetur *in d.l.Homo liber.*ignarus enim ſuæ conditionis, nulli quærit, vt ibidem latè declarat Gloſ. quæ alias etiam declarationes, & moleſtas limitationes ponit,quas videas cùm caſus occurrerit. Pro caſu etiam,quo dominus putatiuus mala fide poſſidebat inſtitutum, videri poteſt Corneus *loc. citat.* Tunc autem cenſetur ſeruus inſtitutus contemplatione domini, quando teſtator ſciebat, aut opinabatur illum eſſe ſeruum, & non conſtat, quòd eum inſtituerit gratiâ ipſius. Nam eo ipſo, quòd inſtitutus eſt, vt ſeruus, & non conſtat aliàs de mente teſtatoris præſumitur inſtitutus contemplatione domini, vt probat text.*in d.l.Filiofamil.*42.*ff de Cõdit. & demonſtr. & in d. l.penult. Cod. de Iure deliber.* vbi Barthol. Bald. Jaſ. & cæteri omnes, idem Jaſ. *in d. l. Cùm proponas*, Menohc. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.*22 *num.*3. & alij quos refert. Idem tenet Polit. *d.partic.*3.*num.*18. ſaltem in caſu, quo in inſtitutione facta eſt mentio domini,vt ſi dictum eſt, *Inſtituo Stichum ſeruum Titij*, id enim ad minimum conuincitur per *d. l. penult. Cod. de Iur. deliber.* vbi id expreſsè habetur.

Dubitabis præterea, ſi teſtator inſtituit filiumfamil. quem putabat patrem famil. ſeu ſui juris, & ſi hæres non foret, dedit ſubſtitutum, an in tali caſu, ſi ille inſtitutus hæreditatem non adeat, locum habeat diſpoſitio *d. l. Si paterfamilias, ff. de Hæred. inſtit.* vt ſcilicet hæreditas partim acquiratur patri, & partim ſubſtituto? In hac quæſtione ſi loquamur ſpectato tantùm jure Digeſtorum, communis ſententia eſt affirmatiua, quam tenent 88

Gloſ.

Digitized by Google

Gloſ. *in l. Siquis filiumfamil, in princip.* & ibi Barth. & Alex. *ff. de Acquir. hæred.* idem Barth. Bald. Imola, Jaſon. Roma. Angel. & Ripa *in l. Cùm filiofamil. ff. de Leg.* 1. & alij quos citat & ſequitur Trentacinq. *tract. de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 9. *num.* 4. Ratio eſt, quia de jure Digeſtorum filiusſamil. æquiparatur ſeruo quoad facultatem acquirendi, nam vt ſeruus quidquid acquirit, domino acquirit, ita quidquid acquirebat filius, patri acquirebat, *l. Placet, ff de Acquir. hæred.* igitur qua ratione per *l. Si pater*, determinatum eſt in ſeruo, quem teſtator liberum putabat, vt eo adeunte, pars hæreditatis acquireretur domino, & alia pars remaneret ſubſtituto, vt *num.* 48. declaratum eſt, eàdem planè hoc ipſum cum proportione procedit in dicto filio, ſi jus Digeſtorum ſpectemus.

89 Si autem loquamur ſpectato jure Codicis, ex quo hodie in Aduētitijs filiusfamil. ſibi acquirit proprietatem, & ſolus vſusfructus quæritur patri, *l. Cùm oportet, & l. final. in princip. Cod. de Bon. quæ liber.* reſolutio eſt, quòd adita hæreditate per filiumfamil. in caſu propoſito, tota hæreditas quoad proprietatem acquiritur ipſi filio, & non habet in ea locum diſpoſitio *d. l. Si pater famil.* nam hæc ſolùm procedit quando inſtitutus non poteſt ſibi acquirere, ſed alteri. Et ita tenent Bald. Imol Paul. de Caſtro Cuman. Alex. & Jaſ. *in d. l. Siquis filiumfamil. ff. de Acquir. hæred.* Alex. Socin. & Ripa *in d. l. Cùm filiofamil ff. de Leg.* 1. Alex. Trentacinq. *loco proximè citat.* & cæteri communiter. Si autem ille filius hæreditatem repudiet, probabile eſt quòd tunc facienda eſt diuiſio inter patrem, & ſubſtitutum, juxta formam *d. l. Si pater famil.* vt eum alijs reſoluit idem Trentacinq. Nam cùm hodie de jure Codicis *in d. l. final. Cod. de Bon. quæ liber.* poſsit pater adire, & obtinere totam hæreditatem à filio repudiatam, & probabile ſit hoc ipſum procedere licèt filio datus ſit ſubſtitutus (qua de re infra) rectè in caſu propoſito dicemus, quòd propter contrarias rationes, quæ ex vna parte faciunt pro patre, & ex alia pro ſubſtituto (qui aduerſus patrem poteſt allegare contra mentem teſtatoris eſſe, quòd ille admittatur, cùm filium inſtituerit, exiſtimando eſſe patremfamil.) locum inter illos habet prædicta diuiſio, dato quòd pater aliàs non eſſet in totum excludendus ex eo quod filio datus eſt ſubſtitutus.

Quoad vſumfructum verò, qui adita 90
per filium hæreditate patri acquiritur, multi tenent quod in caſu propoſito facienda eſt prædicta diuiſio inter patrem, & ſubſtitutum. Ita ſentiunt Bald. Imol. Alex. Jaſ. & alij *in d. l. Siquis filiumfam.* eſtque communis ſententia, vt teſtatur Trentacinq. *vbi ſup. verſ. Tertius, & vltimus.* At oppoſitum tenet merito idem Trentacinq. eum Fulgoſo *in d. l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. inſtit.* Socin. *in d. l. Cùm filiofamil. num.* 27. & Ripa *ibidem num.* 50. *ff. de Leg.* 1. Ratio eſt, quia prædicta diuiſio ſolùm habet locum, quando propter cõtrarietatem rationum inter ſubſtitutũ, & eum, cui inſtitutus acquirit, eſt dubiũ, vter ad hæreditatem ſit admittendus, vt ex dictis conſtat; in præſenti autem tale dubium non eſt, nam non dubitatur circa acquiſitionem hæreditatis: hæc enim ſoli filio eam adeunti acquiritur, nihil obſtante quòd vſusfructus acquiratur patri; quia non ei acquiritur vt hæredi, ſed vt ſingulari ſucceſſori: cùm vſusfructus ſit res particularis, & non portio hæreditatis.

Dubitabis vlteriùs, quid juris, ſi teſta- 91
tor inſtituit aliquem, quem putabat eſſe ſui juris, cùm tamen eſſet monachus in monaſterio ſuccedendi capaci? an ſcilicet ſi tali inſtituto datus ſit ſubſtitutus, diuidenda ſit hæreditas inter ipſum ſubſtitutum, & monaſterium, juxta formam *d. l. Si paterfamil. ff. de Hæred. inſtit?* Quæ dubitatio procedit, quando aliàs non conſtat de mente teſtatoris. Et ratio dubitandi pro parte affirmatiua eſt in promptu; quia monachus æquiparatur ſeruo quoad hoc, vt quemadmodùm ſeruus ſolùm acquirit domino, ita monachus ſolũ acquirit monaſterio: igitur quemadmodum inſtituto ſeruo, quem teſtator puta-

bat ſui iuris, hæreditas diuiditur inter dominum, & ſubſtitutum, vt diſponitur *in d. l. Si paterfamil.* quando aliàs non conſtat de mente teſtatoris, vt ſupra declaratum eſt; ita pariter in præſenti caſu videtur fieri debere diuiſionem inter monaſterium, & ſubſtitutum. Nihilominus contrarium eſt tenendum; quia fauore piæ cauſæ præſumitur, quòd teſtator etiam ſi ſciret illum honoratum eſſe monachum, & conſequenter hæreditatem deuenturam eſſe ad monaſterium, illum nihilominus inſtitueret: nàm in dubio capienda eſt coniectura, quæ ſit fauorabilis inſtitutioni, & monaſterio vt bene Mantica *lib. 4. de Coniect. vltim. vol. tit. 7. numer. 19.* qui inde infert, valere inſtitutionem, & quæri hæreditatem monaſterio, quando teſtator inſtituit aliquem, qui erat monachus, quem ignorabat eſſe ingreſſum in monaſterio. Diſpoſitio autem *d. l. Si paterfamil.* ex qua prædicta diuiſio introducta eſt, ſolùm habet locum, quando præſumptio voluntatis teſtatoris non ſtat magis pro eo, cui inſtitutus acquirit, quàm pro ſubſtituto, & ſumitur ex *d. l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. inſt.* & ſatis ex ipſis terminis patet.

Dubitabis tandem, vtrum nomine hæ-
92 redis, in dicta conditione intelligatur etiam bonorum poſſeſſor, itaut cùm dicitur, *Si inſtitutus non erit hæres*, non ſolùm intelligatur, ſi non erit hæres directè, ac ſtrictè, prout de jure Ciuili, ſed etiam, ſi non erit hæres vtiliter, & lato modo, prout de jure Prætorio, ex quo non datur propriè hæreditas, ſed bonorum poſſeſſio, *§. Quos autem, Inſt. de Bonor. poſſeſ.* Reſpondetur, etiam bonorum poſſeſſorem intelligi, vnde ſi inſtitutus ſolùm petat, & obtineat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, id ſufficit vt conditio deficiat, & ſubſtitutus excludatur. Ita omnes, ac nominatim Barth. *in l. 1. num. 52. ff. de Vulgari, per text. in l. Puberem, 2. Cod. de Iure deliber. & in l. In conditionibus, 19. §. Si patronus per eum text. ff. de Condit. & demonſtr. & per text. in l. 1. §. Bonum, ff. Ad Trebel.* Polit. *de Subſtitut. tit. de ſubſtit. Vulgari, partic. 3. numer. 5. fine,* & Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. cap. 3. ſub num. 2. verſ. Quarta eſt,* qui id tradunt tanquam indubitatum. Ratio eſt, quia bonorum poſſeſſor, licèt ſecundùm juris ſubtilitatem non ſit propriè hæres, attamen eſt hæres vtiliter, & in effectu, ac per omnia proprio hæredi æquiparatur, vnde etiam in odioſis, & correctorijs venit nomine hæredis ſimpliciter dicti, vt latè probat Polit. *ſupr. num. 8.* & Trentacinq. *num. 6. vbi plures refert.*

Illud verò addendum, dictam condi- 93
tionem, *Si inſtitutus non erit hæres*, intelligi de hærede ex teſtamento, *l. Hæres inſtituta, & ibi DD. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. l. Filium emancipatum, Cod. de Acquir. hæred.* Vnde ſi hæres ſcriptus habens vulgarem ſubſtitutum, ſit etiam hæres legitimus, & repudiet hæreditatem ex teſtamento, licèt velit ſuccedere ab inteſtato, locum nihilominus facit ſubſtituto *d. l. Hæres inſtituta.* Hoc autem ſolùm procedit, quando inſtitutio præcedit ſubſtitutionem, nam ſi non præcedat, vt quando datur ſubſtitutus hæredi legitimo, juxta *l. Siquis ita hæres inſtituatur. 82. ff. de Hæred. inſtit.* clarum eſt non intelligi dictam conditionem de hærede ex teſtamento. Sic docent Polit. *d. partic. 3. num. 5.* & Trentacinq *d. cap. 3. num. 2.*

Aduertit etiam idem Trentacinq. præ- 94
fatam reſolutionem principalem procedere, licèt inſtitutus non potuerit eſſe hæres ex teſtamento, ſed ſolùm ab inteſtato, vt in caſu quo pater inſtitueret filium ſpurium, qui mortuo patre legitimaretur: conſtat enim ex communi DD. quòd per talem legitimationem non validatur inſtitutio, ſed tamen poteſt legitimatus ſuccedere ab inteſtato, præiudicando alijs ab inteſtato venientibus, qui nondum hæreditatem adiuerunt, juxta not. *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, ff. de Liber. & poſth.* Si ergo ponamus quod tali filio datus eſt ſubſtitutus vulgaris, & ille velit ſuccedere patri ab inteſtato non vtique admittetur, ſed ſubſtitutus ſuccedet, per *d. l. Hæres inſtituta,* vbi ita reſoluit Curt. jun. dicens, id eſſe ex mente omnium ſcribentium

bentium Quòd ſi opponas, hoc videri contra voluntatem teſtatoris, qui cenſetur voluiſſe, vt quoquo modo filius potuiſſet eſſe hæres, ſubſtitutum excluderet. Reſpondet Trentacinq. quòd propter hanc rationem, ſi teſtator eſſet juris doctor, qui ſciret talem filium ſolùm poſſe ſuccedere ab inteſtato, veriſimile eſt, quòd dando illi ſubſtitutum, ſi hæres non eſſet, intellexit, ſi neque ab inteſtato hæres eſſet; ſecus autem ſi teſtator eſſet idiota. Cæterùm mihi longè verius apparet, quòd ſiue teſtator eſſet doctus, ſiue indoctus, non intendit quòd ſubſtitutus poſſet excludere filium vllo in caſu, quo is poſſet, & vellet eſſe hæres, & ſic in caſu propoſito teneo, quod conditio, *Si hæres non erit*, intelligitur etiam ab inteſtato. Neque obſtat *d. l. Hæres inſtituta*, nam loquitur quando hæres poterat adire ex teſtamento, & noluit: in quo caſu ſibi debet imputare, ſi per ſubſtitutum excludatur, etiamſi velit ſuccedere ab inteſtato.

§ 5. *Quando dicta conditio*, Si nõ erit hæres, *cenſeatur impleta, ad hoc vt ſit locus ſubſtituto?*

SUMMARIUM.

Subſtituto non eſt locus, quandiu inſtitutus jure ſuo admitti poteſt, ſed vbiprimum deſijt poſſe eſſe hæres, vt quia repudiauit, &c. num 95.

Si inſtitutus repudiauit, ſed tamen poteſt in integrum reſtitui, an interim dum non reſtituitur, admittatur, & poſsit adire ſubſtitutus? Reſpondetur affirmatiuè; num 96. cum ſeqq.

Si autem inſtitus ſolùm repudiaſſet de jure Ciuili, & vellet venire de jure Prætorio, vel econtra, ſubſtitutus non admittitur; num. 97.

Inſtitutus qui repudiauit, ſi reſtituatur, ſolùm ſit hæres vtiliter, & cur? numer. 98.

Si pater inſtituit filium, quem habebat in poteſtate, & illi dedit ſubſtitutum vulgarem; filius autem ſe abſtinuit ab hæreditate, an ſubſtitutus ſtatim admittatur, vel expectandum ſit triennium, intra quod hæres Suus poteſt ſuam abſtentionem reuocare? numer. 99. & ſeq.

Vtrum facultas reuocandi abſtentionem, quæ Suis hæredibus conceſſa eſt, ſolùm competat ijs, qui retinent jus Suitatis? num. 100.

Vtrum poſtquam ſubſtitutus admiſſus eſt ad hæreditatem filijfamiliâs, qui ſe ab ea abſtinuit, poſsit talis filius pænitere, & auocare à ſubſtituto hæreditatem illi jam acquiſitam? num. 101. & ſeqq.

Minor petens reſtitutionem aduerſus repudiationem hæreditatis, reſtituitur, & ipſas etiam res per ſubſtitutum alienatas recuperat, & quomodo id ſit intelligendum? num. 102. & ſeq.

Facultas reuocandi intra triennium abſtentionem hæreditatis, hæredibus Suis conceſſa non impeditur per jus accreſcendi competens cohæredi, niſi cohæres ſit extraneus; num. 106.

Ius Suitatis tollitur per dationem cohæredis extranei; ibid.

Procedendo vlteriùs circa præfatam conditionem, regula in propoſita quæſtione eſt, eam conditionem non cenſeri impletam, atque adeo non eſſe locum ſubſtituto, quandiu inſtitutus jure ſuo admitti poteſt, *l. Quandiu inſtitutus, 68. ff. de Acquir. hæred.* ſed cùm primũ deſijt poſſe eſſe hæres, vt quãdo excluſus eſt repudatione, vel morte, vel defectu conditionis, ſub qua inſtitutus eſt, vel alio quouis modo; ſic Barth. *in l. 1. num. 19. fine, ff. de Vulgari,* Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap. 24. verſ. Vt primo.* Politus *de Subſtitut. tit. de Subſtitut. Vulgari, partic. 3. num. 11.* Trentacinq. *de Subſtitut. p. 1. cap. 4. num. 2.* & omnes. Quomodo autem hæc regula accipienda ſit, intelligetur ex reſolutione ſequentium quæſtionum. 95

Prima quæſtio eſt, ſi inſtitutus repudiauit, ſed tamen poteſt in integrum reſtitui, & eſt ſpes quòd reſtituetur; vt quia 96

erat

erat minor, & reperitur læſus, an interim dum non reſtituitur, admittatur, & poſſit adire ſubſtitutus? Reſpondetur affirmatiuè. Sic Barth. *in d.l.* 1. *num.* 19. vbi etiam Alex. Iaſ. Socin. Ripa, & alij communiter, *ff. de Vulgari*, Gloſ. Barth. & Bald. *in l. Etſi ſine*, *§. Sed quod Papinianus*, *ff. de Min.* Bald. de Vbald. *tract. de Subſtitut. rubr. de Subſtitutione Vulgari*, *num.* 12. Politus *d. particula* 3. *ſub num.* 11. Trentacinq. *d. cap.* 4 *num.* 3. & cæteri communiter per text. *in d. §. Sed quod Papinianus*. Nec obſtat prædicta regula, quòd dum inſtitutus poteſt admitti non eſt locus ſubſtituto. Nam iuxta Barth. *d. num.* 19. & cæteros communiter, intelligitur; dum poteſt inſtitutus admitti iure ordinario, & communi: non autem ſi ſolùm poſsit admitti iure ſpeciali, vt in caſu præſenti.

97 Hic tamen aduerte, quando inſtitutus ſolùm repudiaſſet de iure Ciuili, & vellet venire de iure Prætorio, vel econtra, non admitti ſubſtitutum ex tali repudiatione, vt bene cum communi DD. tradit Barth. *in l. Nec is*, §. 1. *num.* 3. *ff de Acquir. hæred.* Ripa *in d.l.* 1. *num.* 120. *ff. de Vulgari*, Bald. *in l. Suum hæredem*, & ibi Salicet. & alij communiter, *C. de Iure deliberandi*, Trentacinq. referens plures *d p.* 1. *cap.* 20. *num* 4. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 37. *numer.* 1. contra Gloſ. *in d. l. Suum hæredem*; nam in tali caſu procedit dicta regula, *Quod quandiu inſtitutus poteſt ſuccedere, præfertur ſubſtituto.* Quando autem inſtitutus ſimpliciter repudiauit hæreditatem, tunc manet ſimpliciter excluſus, vt citati DD. notant; & ideo licèt per aliquod remedium extraordinarium poſsit admitti, vt in noſtro caſu, interim dum ei non ſuccurritur, admittitur & poteſt adire ſubſtitutus.

98 Addit Polit. *loc. citat.* & Trentacinq. *d. p.* 1. *cap.* 4. *num.* 3. *verſ. Verum*, quòd vbi quis ſimpliciter repudiauit hæreditatem, licèt poſsit reſtitui, vt in noſtro caſu, tamen ita manet excluſus, vt ampliùs non poſsit eſſe hæres, nam reſtitutio non facit hæredem *d §. Sed quod Papinianus*, (eſt enim remedium Prætorium; Prætor autem hæredem non facit, *§. Quos autem, Inſt. de Bonor. poſſeſſ.*) ſed vtiles tantum actiones per eam transferuntur, & ideo non mirum, ſi illo inſtituto repudiante, ſtatim admittatur ſubſtitutus, cùm facta repudiatione, ſtatim verum ſit, quòd inſtitutus non poteſt ampliùs eſſe hæres, ſcilicet propriè, ac directè, ſed ſolùm vtiliter per reſtitutionem. Non placet tamen hæc ratio, quamuis Politus eam maximè comēdent, & Trentacinq. eam ſibi arroget, tanquam nouè à ſe inuentam: nam etiam quando inſtitutus repudiauit tantùm de iure Ciuili, non poteſt ampliùs eſſe hæres directè, ſed ſolùm vtiliter, nimirum, de iure Prætorio, cui non renuntiauit, & tamen in tali caſu, dum de iure Prætorio admitti poteſt, non eſt locus ſubſtituto, vt dictum eſt. Quare tradita communis reſolutio eo potiſsimùm fundamento ſuſtinenda eſt, quòd illè inſtitutus manſit ſimpliciter excluſus per repudiationem, & remedium reſtitutionis, ex quo adhuc poteſt admitti, cùm ſit extraordinarium in conſideratione non eſt ad tollendum effectum ſubſtitutionis, qui ante ipſam reſtitutionem cauſandus eſt, vt latiùs declarat Ripa apud Trentacinq. *loco proximè citat.*

Secunda quæſtio eſt, ſi pater inſtituit 99 filium, quem habebat in poteſtate, & illi dedit ſubſtitutum vulgarem; ipſe autem filius ſe abſtinuit ab hæreditate, nolendo eſſe hæres patris, an ſubſtitutus ſtatim admittatur, vel expectandum ſit triennium, intra quod hæres Suus poteſt ſuam abſtētionem reuocare, beneficio *legis fin. Cod. de Repud. hæred?* Pro reſolutione aduerte, valde controuerſum eſſe, vtrùm per Vulgarem ſubſtitutionem factam filio in poteſtate tollatur exiſtentia Suitatis? Qua in re communior ſententia eſt affirmatiua, præterquam in quibuſdam caſibus, quos adducit, & latè declarat Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 14. *à n.* 2. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 52. Alia vero ſententia, quæ etiam eſt multorum DD. ſimpliciter hunc effectum negat ſubſtitutioni Vulgari. Quarum opinionum, quę nobis potior videatur, infra ſuo loco aperie-

riemus; hic ſolùm ſtatuo vtramque eſſe probabilem, & grauiſsimorum Doctorum. Hoc poſito veniendo ad præſens inſtitutum, dico, quod retenta priori opinione magis communi, locum non habet præſens quæſtio, niſi tantùm in illis caſibus, in quibus etiam illa opinione admiſſa Suitas non tollitur per dationem ſubſtituti: nam beneficium *d. l. fin.* quo dictum triennium ad reuocandum permittitur, ſolùm fuit conceſſum hæredibus Suis, id eſt, jus Suitatis retinentibus, & illis tantùm competit, vt cum Gloſ. Barth. Baldo, Angel. Alex. & communi DD. *in d. l. fin.* reſoluit Trentacinq. *d. p. 1. cap. 4. num. 4.* licèt Politus contrarium ſuadere conetur, *tract. de Subſtitut. tit. de Subſtit. Vulgari, partic. 3 num. 11. & 12.* vbi contendit, quòd etiam ſublato jure Suitatis per dationem ſubſtituti, gaudet filius beneficio illius legis fin. quod etiam relatis alijs tuetur Menchaca *lib. 3. de Succeſſ. creat. §. 21. num.* 187. Admiſſâ verò poſteriore opinione, procedit quæſtio ſimpliciter, & indiſtinctè: cujus proinde ſenſus eſt, vtrũ in ſententia, vel caſibus, in quibus per Vulgarem ſubſtitutionem non tollitur exiſtentia Suitatis, ſi filius ſe abſtineat à paterna hæreditate, admittatur ſtatim ſubſtitutus, non expectato illo triennio ad reuocandam abſtentionem conceſſo?

In quæſtione igitur ſic propoſitâ du-
100 plex eſt ſententia. Prima negatiua, quam tenent Paul. Caſtr. & Fulgoſ. *in d. l. fin. Cod. de Repud. hæred.* & idem Caſtro *in l. Siquis ſuus, ff. de Iure deliber.* argum. *d. l. Quandiu inſtitutus, ff. de Acquir. hæred.* ex qua habetur, quòd quandiu inſtitutus poteſt admitti, non admittitur ſubſtitutus. Sed hoc fundamentum facilè excluditur: nam regula illius legis procedit, quandiu inſtitutus poteſt admitti de jure communi, & ordinario, non autem ſi de jure ſpeciali, vt in præſenti caſu; nam ea, quæ ſunt de jure ſpeciali non habentur in conſideratione, *l. Quòd ſi Minor, §. Scæuola, ff. de Minor.* Secunda ergo, & receptior ſententia eſt affirmatiua, quòd ſcilicet ſtatim admittatur ſubſtitutus, non expectato lapſu illius triennij. Hanc tenent Gloſ. *in d. l. fin. & ibi* Alex. *ſub. numer.* 6 *Cod. de Repud. hæred.* Barth. Bald. Angel. & Imola *in d. l. Quàndiu*, Politus *de Subſtitut. tit. de Vulgari ſubſtitutione partic. 3. num.* 13. Trentacinq. *d. p. 1. de Subſtitut. cap. 4. ſub num.* 6. Fuſar. *de Subſtit. q. 40. num.* 1. & plures alij quos refert. Ratio eſt, quia vbi ille filius recuſauit, ſe abſtinendo, ſtatim excluditur: ergo fit locus ſubſtituto. Nec refert, quòd adhuc poſsit pænitere, & admitti, cùm hoc ſit de jure ſpeciali, quòd non eſt in conſideratione, vt dictum eſt.

Dubium autem non leue eſt, vtrum ad- 101
miſſo ſubſtituto infra illud triennium, juxta prædictam ſecundam ſententiam poſsit adhuc filius pænitere, & auocare à ſubſtituto hæreditatem, jam illi per aditionem acquiſitam? Negant, ſi filius non eſſet Minor, Gloſ. *in d. l. fin. Cod. de Repud. hæred.* & ibi Bald. Angel. Alex. Jaſ. & alij, Gloſ. *in l. Siquis ſuus, ff. de Iure deliber.* Gloſ. Bald. Raphael, & Jacob de Auen. *in l. 2. Cod. de Iuris, & facti ignor.* Padill. dicens eſſe communem opinionẽ *in l. Cùm ignorantia, num. 7. Cod. eod.* Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Tuo itaque teſtatore, num. 139. de Teſtament.* & alij. Mouentur primò per text. *in d. l. fin.* tum quatenus ſolùm permittit, vt Suus hæres poſt abſtentionem poſsit pænitere, ſi res ſit integra, ſeu in eodem ſtatu permanens; poſtquam autem ſubſtitutus hæreditatem acquiſiuit, jam res non eſt integra: tum etiam quatenus ille textus vult, vt filius reuocata abſtentione efficiatur hæres Suus, & ſic directus, quòd eſſe non poſſet, ſi admitteretur poſtquam ſubſtitutus adiuit, nam ſequeretur, quòd eſſent ſimul duo hæredes directi in ſolidum, ſiquidem ſubſtitutus poſtquam ſemel fuit effectus hæres per aditionem, non poſſet deſinere eſſe hæres, *l. Etſi ſine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Minorib.* Conſequens autem eſt falſum, *l. Si vt certo, §. Si duobus, ff. Commodati.* Mouentur ſecundò per text. *in l. Filij, §. 1. ff. Ad Tertul.* vbi filius repudians hæreditatem maternam, ſi intra annum pæniteat, admittitur, dummodo adeat, antequam cõſan-

ſanguineus,ſeu agnatus adjuerit. Ex quo à paritate rationis dicendum ſimiliter videtur pro noſtro caſu, quòd filius recuſans paternam hæreditatem, ita demum admittitur intra dictum triennium, ſi pœniteat, & adeat antequam adiuerit ſubſtitutus. Tertiò denique mouentur, quia jus accreſcendi, quod dicitur tacita ſubſtitutio, *l. Si Titio, §. Iulianus, ff. de Leg.* 2. impedit beneficium *d. l. fin.* cohærede pro ſua parte hæreditatem agnoſcente, vt tenent Bald. *in d. l. 2. Cod. de Iur. & facti ignor.* Alex. & Jaſ. *in d. l. fin.* vnde à fortiori impeditur illud beneficium per expreſſam ſubſtitutionem, ſubſtituto adeunte.

Contrariam nihilominus ſententiam
102 probabiliùs tenent Barth. Alex. Angel. Imola, & Jaſ. *in l. 3 ff. de Acquir. hæred.* Aretin. *in l. Pro hærede, §. Papinianus, ff. eod.* Politus *d. partic.* 3. *num.* 14. & alij quos citat & ſequitur, & Trentacinq. plures referens *d. cap* 4. *num.* 9. *verſ. Et cum hæc*, vbi dicit hanc ſententiam ſibi veriſsimam videri. Probatur, quia licèt per *d. l. fin.* non concedatur filio, qui ſe abſtinuit, vt poſsit redire ad hæreditatem, niſi ſi res in eodem ſtatu permaneant, tamen per hoc quòd ſubſtitutus adiuerit, non intelliguntur, juxta eam legem, res non manere in eodem ſtatu, niſi jam eſſent venditæ, vel alienatæ, vt ſatis conſtat ex ipſo textu, ibi: *Sancimus, ſiquidem res jam venditæ ſunt, vt nullus aditus ei ad hæreditatem reſeruetur: ſin autem res alienatæ non ſunt, &c. hujuſmodi ei datur licentia*: ergo quòd ſubſtitutus jam hæreditatem adiuiſſet nihil officit, quominus filius abſtentionem reuocans ad ipſam hæreditatem redire poſsit infra dictum triennium, ſi modo res non ſint venditæ, vel alienatæ. Quod intellige in filio maiore 25. annorum: nam ſi eſſet Minor, vel res eſſent venditæ, eo adhuc in minore ætate conſtituto, non ei denegatur per reſtitutionem in integrum adire hæreditatem, & res alienatas recuperare, & creditoribus patris ſatisfacere, vt expreſsè habetur *in d. l. fin. Cod. de Repud. hæredit.*

Nec obſtat text. *in l. Quod ſi Minor, §. Scæuola, ff. de Minor.* vbi dicitur, ſi Minor omiſerit, vel repudiauerit hæreditatem, vel bonorum poſſeſsionem, ſi quidem omnia in integro ſint, audiendum eſſe; ſi verò jam diſtracta hæreditate, vel negotijs finitis, ad paratam pecuniam laboribus ſubſtituti veniat, repellendum. 103
Reſpondetur enim, miſsis alijs ſolutionibus, quæ variæ à Gloſ. & alijs *in d. §. Scæuola* afferuntur, quòd in hoc §. ſolum denegatur reſtitutio Minori volenti auocare emolumentum hæreditatis à ſubſtituto, qui ſuâ induſtriâ eam diſtraxerat maiori pretio, quàm aliàs apud ipſum Minorem valeret, vt ſatis indicat text. *in d. §. Scæuola*, ibi: *Ad paratam pecuniam laboribus ſubſtituti*: iniquum enim eſſet ob fauorem Minoris priuati ſubſtitutum fructu propriæ induſtriæ ipſi abſque cujuſquam injuria quæſito; præſertim cùm Minor nô poſsit cenſeri læſus repudiatione, ex eo quòd hæreditas fuerit fructuoſior propter induſtriam ſubſtituti. Si autem hæreditas fuiſſet diſtracta ſuo pretio citra ſubſtituti induſtriam, tunc non denegatur reſtitutio Minori, etiam juxta *d. §. Scæuola.* Sic reſpondet Trentacinq. *d. cap.* 4. *num.* 10. *ad finem*, & videtur etiam ſentire Gloſ. *in d. §. Scæuola, verb. Repellendum*, in vltima reſponſione.

Ad fundamenta adducta pro prima 104
ſententia, reſpondetur facilè. Et quidem ad primum deductum *ex d. l. fin* quatenus in ea denegatur dictum beneficium filio Maiori, ſi res non ſint in eodem ſtatu, patet reſponſio ex probatione contrariæ ſententiæ, quam ſequimur. Quatenus verò ex eadem lege arguit inconueniens, ſi filius admittatur, poſtquam ſubſtitutus adiuit, reſpondetur, nullum inde ſequi inconueniens; nam filius poſtquam ſemel fuit hæres jure Suitatis non deſinit eſſe hæres per abſtentionem, ſemper enim retinet jura hæreditaria directa, & ſolùm amittit jus, & dominium vtile, propter quam cauſam dicitur poſt abſtentionem manere hæres ſolo nomine, id eſt, ſine effectu, & vtilitate, vt latiùs explicuimus *diſp. 2. ſect.* 10. *§. 7. num.* 509. & conſtat per

per *l. Cùm quaſi*, 30. §. *Sed & ſiquis*, *ff. de Fideicommiſſar. liber.* & per *l. Pro hærede*, §. *Papinianus*, *junctâ Gloſſâ ibi*, *ver. Citra nomen*, *ff. de Acquir. hæred.* reuocata vero abſtentione beneficio *d. l. fin.* eam vtilitatem recuperat, & manet hæres directus tam nomine, quàm effectu; & ſubſtitutus, qui interim fuit admiſſus manet omnino exhæres, cùm nunquam habuerit jura directa, actiones verò vtiles, quæ ſolæ in eum tranſierant, illi filio reſtituantur, & ſic non ſequitur quod admiſſa tali reſtitutione maneant duo hæredes in ſolidum, non ſolùm directi, ſed nec etiam vnus directus, & alter vtilis. Adde quòd licèt in ſubſtituto maneat adhuc nomen hæredis, nullum eſt inconueniens, quòd filius ſit ſimul hæres in ſolidum; quia non repugnat eſſe ſimul duos hæredes in ſolidum, vnum ſolo nomine, & alterum cum effectu *l. Cùm filio*, *ff. de Leg.* 1. Barth. *in l. In ſuis*, *ff. de Liber. & poſth.* & *in l. Qui ſe patris*, *ſub n.* 9. *C. Vnde liberi.*

105 Ad ſecundum reſpondetur, non valere argumentum à textu *in d. l. filij*, §. 1. admittente filium ad hæreditatem maternam quam repudiauerat, ad textum, & beneficium, quo *in d. l. fin.* hæres Suus admittitur ad hæreditatem patris, à qua abſtinuerat: quia filius non eſt hæres Suus reſpectu matris: jus autem multò magis fauet hæredibus Suis, quam nõ Suis, vt vel ex ipſa *l. fin.* patet, in qua hæredi Suo conceditur triennium ad reuocandam repudiationem, ſeu abſtentionem, non ita verò hæredi non Suo.

106 Ad tertium denique reſpondetur, negando impediri beneficium *d. l. fin.* per jus accreſcendi competens cohæredi, qui illi filio datus eſſet: contrarium namque tradit Trentacinq. *d. c.* 4. *n.* 9. cum Barth. Imola, Paul. Caſtr. & alijs quos refert per *d. l. Pro hærede*, §. *Papinianus*, *ff. de Acquir. hæred.* Id verò intellige, niſi cohæres illi filio datus, eſſet extraneus; nam ex inſtitutione extranei cohæredis intelligitur ſublata exiſtentia Suitatis, vt eſt cõmunis ſententia, quam relatis pluribus tradit Menchac. *lib.* 3. *de Succeſſ. creat.* §. 21. *n.* 83. licèt infra *n.* 86. ab illa recedat, & tenet Mantic. *lib.* 5 *de Conject. vlt. vol. tit.* 5. *n.* 6. per text. *in l. Apud Iulianum* §. 1. vbi Alex. *n.* 4. *ff. Ad Trebel.* beneficium autem *d. l. fin.* ſolùm conceditur hæredibus Suis, vt conſtat ex terminis *d. l. fin.* & ex communi tradidimus *ſupra*, *num.* 99.

§. 6. *Excutitur celebris quæſtio, vtrum ſubſtitutus vulgaris impediat tranſmiſsionem hæreditatis non aditæ, quæ aliàs tranſmitteretur.*

SUMMARIUM.

Inſtitutus moriens antequam hæreditatem adiret, non tranſmittit illam ad hæredes. Id tamen fallit in tribus caſibus, & quinam illi ſint? n. 107.

Exiſtentiam Suitatis tolli per dationem ſubſtituti vulgaris, alij affirmant, alij negant. Retenta opinione affirmantium, quæ communior eſt, tranſmiſſio ex potentia Suitatis impeditur per vulgarẽ ſubſtitutum; iſq; præfertur ijs, ad quos hæreditas non adita jure Suitatis tranſmittenda foret. Retentâ verò opinione negantium, vel loquendo in caſibus, in quibus cõtraria magis cõmunis limitatur, dicta tranſmiſsio per ſubſtitutũ non impeditur, n. 108. *& ſeq.*

Tranſmiſsio hæreditatis non aditæ ad liberos inſtituti deſcendentis à teſtatore, quæ dicitur de jure ſanguinis, neu impeditur à ſubſtituto, n. 110. *& ſeqq. Si is, ad quem hæc tranſmiſsio facta eſt, hæreditatem repudiet, tunc ſubſtitutus tranſmittentis admittitur, n.* 111.

Tranſmiſsio hæreditatis conceſſa ratione juris deliberandi non impeditur per ſubſtitutum vulgarem, num. 113.

Proponitur, & excluditur ſententia affirmans, quòd per ſubſtitutum vulgarem impeditur tranſmiſsio hæreditatis, tam quæ ſit jure ſanguinis, quàm jure deliberandi, n. 114. *& ſeqq.*

Beneficia Principum interpretanda ſunt citra præjudicium tertij, quod intelligitur de præjudicio in jure jam quæſito, non verò in jure quærendo, d.

num. 114.

Quod dicitur, prouiſionem legis ceſſare per prouiſionem hominis, non procedit quādo vna nō eſt alteri cōtraria; n. 116.

Illi, ad quos inſtitutus tranſmittit hæreditatem non aditam, non veniunt ab inteſtato, ſed ex teſtamento; & hoc eorum aditione confirmatur; num. 117.

Ius accreſcendi competens cohæredi excluditur per ſubſtitutum; non autem excluditur tranſmiſsio, & aſsignatur diſpar ratio; num. 118.

Ius tranſmiſsionis eſt potentius jure accreſcendi; num. 119.

Proponitur ſententia quorumdam DD. exiſtimantium per beneficium tranſmiſsionis ex jure deliberandi, non excludi ſubſtitutum vulgarem; num. 120. *Rejicitur hæc ſententia; num.* 121.

Suppoſito, quòd filius teſtatoris per dationem vulgaris ſubſtituti amiſerit jus tranſmittendi hæreditatem ex potentia Suitatis, vtrum nihilominus poſsit eā tranſmittere ex jure ſanguinis, vel deliberandi? num. 122. *& ſeqq.*

Conditio, Si volet eſſe hæres, *appoſita per patrem in inſtitutione filij in poteſtate, non ſuſpendit ipſam inſtitutionem, ſed ſolùm efficit inſtitutum de neceſſario voluntarium, perinde acſi teſtator diceret,* Si nolit, hæres nō exiſtat; *n.* 124.

Legata relicta ſub conditione, Si legatarius volet, *non tranſmittuntur, niſi legatarius declaret ſe ea acceptare. Et ſimiliter hæreditas relicta Suo hæredi ſub ſimili conditione, non tranſmittitur ex potentia Suitatis: ſecus autem ex jure ſanguinis, vel deliberādi; n.* 125.

Vtrum tranſmiſsio ex jure ſanguinis, quæ etiam pro legatis conceſſa eſt locum habeat in legatis relictis ſub conditione, Si legatarius volet, *quādo ille mortuus eſt antequam declararet, ſe ea acceptare? num.* 126.

107 TErtia quæſtio eſt, vtrum, ſi inſtitutus, cui datus eſt ſubſtitutus vulgaris, moriatur non adita hæreditate, admittatur ſtatim ſubſtitutus, excluſis ijs, ad quos aliàs hæreditas tranſmitteretur? Qua in re præmittendum eſt, quòd licèt regulariter inſtitutus, qui moritur non adita hæreditate, non tranſmittit illam ad hæredes, *l. vnica, §. In nouiſſimo, C. de Caduc. tol.* id tamen fallit in tribus caſibus. Primus eſt, quando inſtitutus eſt hæres Suus; is enim hæreditatem ſibi delatam etiam nondū aditam ad quoſcumque ſuos hæredes tranſmittit, ſi eam non repudiauit, *l. Apud hoſtes, C. de Suis, & legit. hæred. l. Si fratris, C. de Iure deliber. cum concordan*; cenſetur enim, mortuo patre, continuari in eo dominium bonorum, quod pater habebat, *l. In ſuis, ff. de Suis, & legit. §. Sed ſui, Inſt. de Hæred. qualit. cum ſimil.* & ideo antequam hæreditatem adeat, vel ei ſe immiſceat, eſt illius dominus, & conſequenter illam trāſmittit ad quoslibet Suos hæredes, quemadmodum cætera ſua bona; diciturque illam tranſmittere ex potentia Suitatis. Secundus eſt quando inſtitutus eſt deſcendens teſtatoris, & habet filios, vel alios deſcendentes, hic enim licèt hæreditatē ſibi delatam non adeat, neque ſciat eam ſibi delatam eſſe, illam nihilominus tranſmittit, non ad quoſcumque hæredes, ſed tantùm ad deſcendentes: ſic habetur *l. vnica, C. de His qui ante apertas tabulas,* & attingitur *in d. §. In nouiſſimo,* ibi: *Exceptis videlicet liberorum perſonis:* vnde ſolet dici hæc tranſmiſsio, *de jure ſanguinis.* Tertiùs eſt, quando inſtitutus ſciens hæreditatem ſibi eſſe delatam, vult deliberare circa eam adeundam, vel repudiandam, & intra annum, quem de jure habet ad deliberandum, è vita diſcedit, hæreditate non adita, nec repudiatā. Is enim hæreditatem ad quoslibet Suos hæredes tranſmittit, in eo ſtatu, & cum ea conditione, qua ad ipſum ſpectabat, id eſt, cum facultate illam adeundi, vel repudiandi, quouſque prædictus annus impleatur, *l. Cùm in antiquioribus, C. de Iure deliber. d. §. In nouiſſimo, in fine*; & dicitur hæc tranſmiſsio, *ex jure deliberandi.*

108 His præmiſsis, petit quæſtio propoſita, vtrùm in prædictis caſibus, ſtatim vbi inſtitutus moritur, admittatur ſubſtitutus, & ceſſet tranſmiſsio? Cui difficultati

ti per partes ſatisfaciendum eſt. In primis ergo, quod attinet ad caſum tranſmiſsionis ex potentia Suitatis, vel poſſumus loqui juxta opinionem magis communem, quæ tenet per dationem ſubſtituti vulgaris tolli exiſtentiam Suitatis, præterquam in quibuſdam caſibus; quam ſententiam tuetur Gloſ. *in l. Papinianus, §. Quarta, ff. de Inoffic. teſt.* Dynus, Barth. Angel. Imol. Alex. Jaſ. & alij, *in l. Si filius hæres, ff. de Liber. & poſth.* Bald. *in l. Si arrogator, in 5. oppoſit. ff. de Adoption;* Barth. Alex. Socin. & Jaſ. *in l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari,* & plures alij quos refert. Trentac. *de Subſt. p. 1. c. 14. n. 1.* & Fuſar. *de Subſt. q. 72. n. 1.* Et hac opinione retenta, dicendum omnino eſt pro præſenti articulo, admitti ſubſtitutum, & non eſſe locum tranſmiſsioni ex potentia Suitatis, vt docent Barth. Alex. Imol. & alij DD. *in d. l. Si filius hæres, ff. de Liber. & poſth.* Ant. Gom. *tom. 1. Var. c. 9. ſub n. 50. in ſolutione tertij fundam. ad fin.* Trẽtac. *d. p. 1. c. 5. n. 15. verſ. Aut ſumus,* & alij; eſtque communis ſententia, vt Ant. Gom. teſtatur. Ratio patet, quia ſi per dationem vulgaris ſubſtituti tollitur Suitas, vt ſupponimus, planum eſt quòd non poteſt Suitas efficere, vt hæreditas tranſmittatur excluſo ſubſtituto; quia quod non eſt, nihil operatur; & ceſſante cauſa, ceſſare debet effectus, *l. Adigere, §. Quamuis, ff. de Iure patron.*

109 Vel poſſumus loqui juxta minùs cõmunem, ſed tamen valde probabilem opinionem quæ tenet, per ſubſtitutionem Vulgarem filio factam non tolli Suitatem, vt ſentiunt Bald. *in d. l. Si filius hæres, col. 2.* & ibi Angel. Paul. Caſtr. Aretin. & alij, *ff. de Liber. & poſth.* Fulg. & alij *in l. 3. C. de Iure deliber.* Donel. *lib. 6. de Iure ciuili, c. 24. verſ. Vulgari ſubſt.* Ant. Gom. *tom. 1. Var. c. 3. n. 15. verſ. Sed his non obſtantib.* Menchac. latè id probans *lib. 3. de Succeſ. creat. §. 21. n. 186.* & alij non pauci, quos adducit Trentac. *d. c. 14.* & Fuſar. *d. q. 72.* Et tenendo hanc opinionẽ, vel loquendo tantùm in caſibus, in quibus cõtraria opinio magis cõmunis limitatur, dicendũ eſt pro præſenti articulo, quòd per ſubſtitutũ non impeditur tranſmiſsio ex potẽtia Suitatis ad hæredes instituti, vt tradit Polit. *de Subſt. tit. de Subſt. Vulgari partic. 3. n. 97. ad fin.* Menchac. *d. §. 21. n. 266.* & relatis alijs Trẽtac. *d. 1. p. c. 5. fin.* Probatur facilè, quia ſuppoſito quòd filius retinet jus Suitatis, non obſtante, quòd ei datus ſit ſubſtitutus, ſtatim vbi pater moritur eſt verè, ac propriè hæres ex potentia Suitatis, perinde acſi actualiter adjiſſet, *§. Sui Inſt. de Hæred. qualit. §. 1. Inſt. de Hæred. ab inteſt. l. In ſuis, ff. de Liber. & poſth. l. Neceſſarijs, ff. de Acquir. hæred.* Ergo quamuis non adeat, excludit ſubſtitutũ, & tranſmittit hæreditatem ad ſuos hæredes, ſi eam non repudiauit: patet conſequẽtia; nam ſubſtitutus non habet locũ, acquiſita hæreditate per inſtitutũ; & ſi is eam retineat vſq; ad mortem, tranſmittit illam ad quoslibet hæredes, vt eſt notiſsimũ. Quæ autem ex prædictis duabus opinionibus circa exiſtentiam Suitatis, quando filius habet ſubſtitutũ vulgarem, præferẽda ſit, & qui ſint caſus, in quibus etiam retenta priore opinione, Suitas nõ denegatur illi filio? dicemus ex profeſſo infra §. 23. & ex ibi dicendis magis explicabuntur, quæ ad præſentem articulum ſpectant.

110 D:inde quod attinet ad caſũ tranſmiſsionis de jure ſanguinis, cõmunis reſolutio eſt, nõ impediri hãc tranſmiſsionẽ à ſubſtituto. Ita reſoluunt Polit. *d. partic. 3. n. 98.* Barth. de Hucio *de Subſt. c. 1. n. 9.* Ant. Gomez *tom. 1. Var. c. 9. ſub n. 50.* Emm. à Coſta referens plures, & dicens eſſe cõmunẽ opinionem *in c. Si pater, p. 1. verb. Habẽs, n. 20.* Mol. Theol. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 183. verſ. Secunda concl.* Trentac. *de Subſt. p. 1. c. 5. ſub n. 14. verſ. Remota iſta,* & plures alij, quos refert Fuſar. *de Subſt. q. 47. n. 1.* Probatur primò, & efficaciter ex *d. l. vnic. C. de Caduc. tol. §. pen. juncto §. In nouiſſimo.* nã cũ dictũ eſſet *in §. In nouiſsimo,* hæreditatẽ nõ aditã nõ trãſmitti, niſi, vel ad perſonas liberorũ, ſeu ex jure ſãguinis, juxta *l. vn. C. de His qui ante apertas tabulas,* vel ex jure deliberãdi, juxta *l. Cũ in antiquioribus, C. de Iure deliber.* tandem *in d. §. pen.* referendo ſe ad dicta *in §. In nouiſsimo,* concludit Imperator, quòd ex-

tra eos caſus, ſi hæreditas non fuit adita per inſtitutum debet peruenire ad ſubſtitutum, ſi illum habeat. Vbi vides tranſmiſsionem ex jure ſanguinis non impediri à ſubſtituto.

111 Probatur ſecundò, quia tunc demum vulgaris ſubſtitutus admittitur, quando inſtitutus penitus excluditur, *l.3.ff.de Acquir.hæred.cum ſimil.* in caſu autem, quo jus concedit vt hæreditas nondum adita poſsit tranſmitti, non cẽſetur penitus excluſus inſtitutus, qui eà non aditâ nec repudiatâ, mortuus eſt; ſiquidem adhuc ex ejus perſona, & jure ab eo tranſmiſso, hæres ejus poteſt adire, & effici hæres: ergo non debet admitti ſubſtitutus, vbi talis inſtitutus moritur, ſed præferẽdus eſt hæres ipſius inſtituti, expectandumq; donec ille poteſt adire: & ſi adeat, omnino excluditur ſubſtitutus; ſi verò repudiet, tunc ſubſtitutus admittitur.

112 Probatur tertiò, & vltimò ex conjectura voluntatis teſtatoris, in qua fundata eſt *d.l.vnica, C de His qui ante aper. tab.* ad cõcedendam tranſmiſsionem ex jure ſanguinis; nam propterea in illa lege concedit Imperator hanc tranſmiſsionem ad liberos inſtituti deſcendentis à teſtatore; quia, *Perindignũ eſt* (verba ſunt textûs) *fortuitas ob cauſas, vel caſus humanos, nepotes, aut neptes, pronepotes, aut proneptes, auita, vel proauita ſucceſsione fraudari, alioſq; aduerſus auitum, vel proauitũ deſiderium, inſperato legati commodo, vel hæreditatis fraudari.* Quæ quidem ratio militat etiã in caſu, quo inſtitutus habeat ſubſtitutum, illumq; cõprehendit illis verbis, *alioſq; aduerſus auitũ, vel proauitum deſideriũ,* &c. vbi per alios intelliguntur etiam ſubſtituti, vt poſt Richard. Malum. exponit Barth. *in l.1. n.20 ff. de Vulgari* Bald. de Vbald. *tract. de Subſtit. rubr. de Subſt. Vulgari n.* 13. & Barth. de Hucio *loco ſup. cit.* & conſtat facilè; quia de jure præſumitur quòd teſtator magis diligit filios inſtituti à ſe deſcendentis, quàm ſubſtitutũ, etiamſi ſubſtitutus ſit etiã deſcendẽs ipſius teſtatoris, vt probat *l.Cùm auus,* & ibi cõmuniter DD *ff. de Condit. & demõſtr.* ergo intelligi debet in præſẽti caſu teſtatoris deſideriũ, & voluntatẽ eſſe, vt per ſubſtitutũ non impediatur tranſmiſsio ad liberos inſtituti; & ſic, quòd etiam ſtante ſubſtituto, eſt locus tranſmiſsioni ex jure ſanguinis, prout *in d. l.vnica* conceſſa eſt. Aduertit autem Polit. *loco cit.* id procedere, niſi ex perſona ſubſtituti, & alijs quibuſdam efficacioribus præſumptionibus, quæ certâ regulâ definiri nõ poſſunt, pro certo apparuerit, etiam in hunc caſũ teſtatorẽ voluiſſe, admitti potiùs ſubſtitutũ.

Quod deniq; attinet ad caſũ tranſmiſſionis ex jure deliberandi, cõmunis etiam eſt reſolutio, non impediri hanc tranſmiſſionem per ſubſtitutum vulgarẽ. Ita ſentiunt Barth. *in d l.1. n.20 ff. de Vulgari,* & ibi Aretin. *col.7.* Alex. *in* 10. Iaſ. *n.* 35. & Socin. *col.20 verſ. Circa ſecundam quæſtionem.* Idem Barth. *in l. Si paterfam.* 40. *n.4. ff. de Hæred. inſt.* & ibi etiam Ioan. de Imol. *col pen verſ. Vltimò inducitur,* Bald. de Ubald. *loc. ſup. cit.* Barth. de Hucio *d.c.* 1. *n.9.* Ant. Gom. plurimos referens *tom.* 1. *Variar. c.9. ſub n.50.* Emman. à Coſta, *in c. Si pater, 1. p. verb. Habens, n.22.* Molin. *d. diſp.* 183. *verſ. Secunda concluſio,* & multi alij quos adducit Fuſar. *de Subſt q.48. n.* 1. Probatur efficaciter primis duobus fundamentis, quibus eandem reſolutionem probauimus in caſu præcedenti, circa trãſmiſsionem ex jure ſanguinis: vtrũq; enim etiam in hoc caſu militat, ac præſertim primum deſumptũ *ex l. vnica, §. pen. juncto §. In nouiſsimo, C. de Caduc. tol.* vbi hic etiam caſus in ſpecie continetur. 113

Contrariam tamen ſententiam quoad vtrũq; caſum, quòd ſcilicet tã in caſu trãſmiſsionis ex jure ſanguinis, quàm ex jure deliberandi, præferri debeat ſubſtitutus hæredi, in quem tranſmiſsio conceſſa eſt, tenent Angel. *in d l. Si paterfam. n.* 14 *ff. de Hæred. inſtit. & in l. Cùm proponas, in princ. C. eod. & in l. fin. in princ. ff. de Vulgari* alijſq; in locis, Ripa *in l.1 n.129. verſ. Tertiò dubitatur ff. eod.* & alij apud Ant. Gomez *vbi ſup.* & apud Fuſar. *de Subſt. q.47. num.3. & q.48. num.2.* Qui præcipuè mouentur ex ſequentibus. Primò, quia ſi ſubſtitutus excluderetur in dictis caſibus, intelligeretur beneficium tranſmiſ- 114

miſsionis conceſſum à Principe cum præjudicio tertij, nempe ſubſtituti: quod nõ eſt admittendum; nam beneficia Principum ſemper ſunt interpretanda citra præjudicium tertij, *l. Nec auus, Cod. de Emancip. liber. l. 2. §. Ne quid à Principe, ff. Ne quid in loco pub. cap. Quamuis, de Reſcriptis, in 6.* Hoc tamen fundamentum nullius eſt momenti: nam cùm dicitur, quod beneficia Principis ſunt interpretanda citra præjudicium tertij, intelligitur de præjudicio tertij in jure jam ipſi quæſito, non verò in jure quærendo, vt in præſenti accidit: nam beneficium transmiſsionis impediuit ne ſubſtitutus acquireret hæreditatem vbi inſtitutus eâ non aditâ mortuus eſt; quemadmodum impediuit etiam cohæredes, & venientes ab inteſtato ne admitterētur, quãdo aliàs ſecluſo illo beneficio admittendi erant.

115 Secundò mouentur, quia non obſtante beneficio transmiſsionis, verum eſt dicere, quòd inſtitutus, qui mortuus eſt non adita hæreditate, non fuit, nec jam poteſt eſſe hæres: ſubſtitutus autem vocatur, & admittitur pro caſu, quo inſtitutus non erit, nec poterit eſſe hæres, vt ſupra, *num.* 95. explicatum eſt: ergo non obſtante beneficio tranſmiſsionis, admitti debet ſubſtitutus, non verò hæres in quem transmiſsio conceſſa eſt. Sed hoc etiam fundamentum facilè ſoluitur. Reſponderi namque poteſt primò ex Barth. *d. num.* 20. quòd licèt inſtitutus in caſu propoſito non ſit, nec jam poſsit eſſe hæres, tamen facit alium hęredem, quia ex ejus perſona adit is, in quem fit tranſmiſſio: conditio autem, ſub qua ſubſtitutus vocatur, *Si inſtitutus non erit hæres*, intelligitur ſi non erit hæres, nec alium hæredem fecerit, *d. l. Si paterfamil. ff. de Hæred. inſtit.* Reſponderi poteſt ſecundò ex dictis *n.* 111. quòd inſtitutus in præſēti caſu nõ cenſetur omnino excluſus ab hæreditate, eoquod mortuus ſit ante illam aditam, cùm ei conceſſum ſit, vt per ſuum hæredem illam poſsit adire: ſubſtitutus autem non admittitur, niſi poſtquam inſtitutus omnino excluſus eſt.

116 Tertiò mouentur, quia prouiſio hominis tollit prouiſionē legis, *l. fin. C. de Pact. conuent. l. Maritus, C. de Procurat.* ergo tranſmiſsio hæreditatis non aditæ, cùm ſit ex prouiſione, *d. l. vnica, C. de His qui ante aper. tab. & d. l. Cùm in antiquioribus, C. de Iure deliber.* tollitur per ſubſtitutum, qui venit ex prouiſione teſtatoris. At hoc etiam fundamentum non valet. Nam prouiſio hominis in præſenti caſu non eſt contraria prouiſioni legis; quia teſtator non intelligitur vocaſſe ſubſtitutum, niſi pro caſu quo inſtitutus penitus eſſet excluſus: lex autem efficit vt is non eſſet omnino excluſus per mortem ante aditam hæreditatem, ſed quod adhuc per ſuum hæredem poſſet adire; quod quidē cum dicta teſtatoris prouiſione non pugnat, & ſic per eam non tollitur.

Quartò mouētur ex *l. fin. C. de Neceſſar. ſeruis hæred. inſtit.* vbi excluſo inſtituto, ſubſtitutus abſolutè præfertur ijs, quos leges vocant ad hæreditatem defuncti; vnde ſequitur, præferri debere ſubſtitutum ijs, ad quos ex prædictarum legum cōceſſione hæreditas non adita hodie trãſmittitur. Verùm ad hoc etiam facilè reſpondetur, *d. l. fin.* procedere de vocatis per legem ad ſuccedendum defuncto ab inteſtato, ſeu in caſu quo teſtamentũ fiat caducum: ijs enim bene præfertur ſubſtitutus, cum veniat ex voluntate defuncti, & per ejus admiſsionem ſuſtineatur teſtamentum, quod non euenit in noſtro caſu: nam illi, ad quos transmiſsio hæreditatis non aditæ conceſſa eſt, non vocantur, nec veniũt ab inteſtato, ſed ex teſtamento, quòd non obſtãte defectu aditionis per inſtitũ, manet validũ, & aditione per illos faciendã confirmari poteſt, vt conſtat per *d. l. vnicam, & d. l. Cùm in antiquioribus.* 117

Quintò deniq; mouentur, quia ſubſtitutus vulgaris præfertur cohæredi volenti venire per jus accreſcendi, *l. 2. §. Si duo, ff. de Bon. poſſeſ. ſecund. tab. l. vnica, §. In primo, & § pro ſecũdo, C. de Caduc. tol. Auth. Hoc amplius, C. de Fideicom.* ergo etiam præferri debet volentibus venire ex jure trãſmiſsionis. Nã ſicut hæc illis cõpetit ex diſpoſitione legis, ita etiã cõpetit jus accreſcendi cohęredibus, *l. Si in teſtamento* 118

fin. vbi Barth. & alij *ff. de Vulgari.* Cæterū neque hoc argumentum conuincit. Eſt enim maior ratio, cur jus accreſcendi excludatur per ſubſtitutum, non vero jus tranſmiſsionis; nam jus accreſcendi fuit introductum in ſucceſsione ex teſtamento, ne contra juris regulam, *l. Ius noſtrum, ff. de Regul. jur.* teſtator decederet pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, vt contingeret, ſi pars repudiata per vnum ex hæredibus ſcriptis ſubſtitutum non habentem, alteri non accreſceret. Quæ ratio ceſſat quando cohæres repudians habet ſubſtitutum, & ſic talis ſubſtitutus cohæredi non repudianti præferri debet, cùm ſit expreſsè vocatus à teſtatore in locum deficientis, & ceſſet ratio ob quam lex alteri conceſsit jus accreſcendi. Ratio autem, cur tranſmiſsio fuit inducta in prædictis duobus caſibus, eſt vel fauor, & juſtum deſiderium teſtatoris, vt quoad tranſmiſsionem de jure ſanguinis conſtat *ex d. l. Vnica, Cod. de His qui ante aper. tabul.* vel fauor ipſius inſtituti, & ſucceſſorum, ne abſque matura deliberatione ſubire cogantur onera, & commoda hæreditatis, quæ illis poteſt eſſe damnoſa, vel lucroſa, vt quoad tranſmiſsionem ex jure deliberandi apertum eſt, & conſtat per *d. l. Cùm antiquioribus, Cod. de Iure deliberandi.* Quæ quidem ratio non ceſſat ex eo quod inſtitutus habeat ſubſtitutum, vt per ſe manifeſtum eſt; & ideo non oportuit, vt jus tranſmiſsionis per ſubſtitutum excluderetur.

119 Unde obiter inferes cum Ant. Gom. *d. cap. 9. ſub num. 50. verſ. Secundo non obſtat,* & Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. cap. 4. ſub num. 12. verſ. Sextò mouentur, in fine,* potentius eſſe jus tranſmiſsionis jure accreſcendi. Nam cùm jus ſubſtitutionis ſit potentius jure accreſcendi, vt dictum eſt, planè ſi jus tranſmiſsionis eſt potentius jure ſubſtitutionis, à fortiori eſt potentius jure accreſcendi, ex regula, *Si vinco vincentem, &c.* & ita tenet Bald. *in d. l. Vnica, col. 1. Cod. de His qui ante aper. tab.* Iaſ. *in l. vnica, num. 25. C. Quando non petentium partes,* & alij *ibid.* vt Anton. Gomez *vbi ſupra* teſtatur.

Prædictæ contrariæ ſententiæ accedūt 120 ex parte Politus *de Subſtit. tit. de Subſtitutione Vulgari, partic. 3. num. 99.* & Trētacinq. *d. cap. 5. ſub num. 14. verſ. Aut verò illi,* exiſtimantes, non excludi ſubſtitutum per beneficium tranſmiſsionis ex jure deliberandi; quanuis oppoſitum affirmandum ſit, & ab ipſis affirmetur, in tranſmiſsione ex jure ſanguinis. Mouentur potiſsimùm ea ratione, quia vbi verba teſtatoris ſunt clara, & voluntas non repugnat, illis ſtandum eſt, *l. Non aliter, ff. de Leg. 3.* Quando autem agitur de tranſmiſsione ex jure deliberandi, concurrente ſubſtituto vulgari, verba teſtatoris ſtant clarè pro ſubſtituto; nam verba conditionis, ſub qua vocatus eſt, *Si inſtitutus hæres non erit,* verificantur moriente inſtituto ante aditam hæreditatem, cùm verum ſit eum non eſſe, nec jam poſſe eſſe hæredem: & alioqui non repugnat voluntas ipſius teſtatoris, quia non agitur de tranſmiſsione ad deſcendentes illius, ſicut quando eſt ex jure ſanguinis, quæ, vt diximus, fundatur in deſiderio, & præſumpta voluntate teſtatoris, qui cenſetur velle ſuam prolem alijs præferri; ſed de tranſmiſsione ad quoslibet hæredes inſtituti, etiam extraneos; nam hi etiam gaudent beneficio juris deliberandi per *d. l. Cùm in antiquioribus* reſpectu quorum non conſideratur affectio, & judicium teſtatoris, vt conſtat *ex l. Sed & ſi, 6. ff. de Leg. 3.* & ita non cenſetur contra voluntatem teſtatoris, quòd illi excludantur per ſubſtitutum. Si autem inſtitutus eſſet filius teſtatoris, admittit Trentacinq. *loco citat. verſ. Aut verò loquimur,* quòd tunc præferrentur hæredes talis inſtituti ex dicto beneficio juris deliberandi ob præſumptam voluntatem teſtatoris, qui cenſeri debet magis diligere ſuum filium, & ejus poſteritatem, quàm ſubſtitutum, & poſteritatem alienam.

Nihilominus etiam quando ageretur 121 de tranſmiſsione ad hæredes extraneos ex jure deliberandi, tales hæredes præferri debere ſubſtituto, nobis omnino tenendum eſt, juxta communem ſententiam

rcla-

relatam *num.* 113. nam hoc etiam conuincunt fundamenta ibidem commemorata. Neque obſtat ratio proximè in oppoſitum adducta; ei namque ſatisfit eâdem reſponſione, qua ſimile argumentum ſoluimus *num.* 115. Itaque abſolutè tenemus, neque tranſmiſsionem ex jure ſanguinis, neque ex jure deliberandi per ſubſtitutum impediri, & conſequenter hæredes hæredis inſtituti in caſibus pro quibus hujuſmodi beneficium conceſſum eſt, ſubſtituto eſſe præferendos.

122 Rogabis, vtrùm retentâ magis communi opinione relata *num.* 108. quòd datio ſubſtituti vulgaris impedit Suitatem, & conſequenter tranſmiſsionem ex potentia Suitatis, poſsit nihilominus filius, cui pater dedit ſubſtitutum, tranſmittere hæreditatem ex jure ſanguinis, vel deliberandi, & ſic excludere ſubſtitutum in caſibus, pro quibus hujuſmodi beneficium fuit introductum? Reſpondet affirmatiuè Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 9. *num.* 50. *in fine*, quem ſequitur Molina *diſp.* 183. *verſ. Tertia concluſio*, qui videntur duci ea ratione; nam filius, cui jus Suitatis ablatum eſt, manet ſicut cæteri hæredes non ſui, igitur quemadmodum hi, licèt habeant ſubſtitutum, poſſunt tranſmittere ex jure ſanguinis, & ex jure delibetandi hæreditatem non aditam, ita etiam ille filius. Cui ſententiæ obiter eam attingens accedit Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 14. *ſub num.* 21. & eandem quoad tranſmiſsionem ex jure ſanguinis approbat, & dicit eſſe communem *d.* 1. *p. cap.* 5 *num.* 14. *verſ. In ſuo, fine.*

123 In contrarium tamen videtur vrgere grauis difficultas; nam ratio ob quam prædicta communis opinio tenet, per Vulgarem ſubſtitutionem factam filio in poteſtate tolli Suitatem, eſt quia teſtator per hanc ſubſtitutionem vocat ſubſtitutum ſub conditione, *Si filius, quem instituit noluerit, aut non potuerit eſſe hæres*; vnde intelligitur facere inſtitutionem ſub contraria conditione, *Si filius voluerit eſſe hæres*; vt ſumitur *ex l. Quibus diebus*, 40. *§. Quidam Titio, & ex l. Aliquando*, 106. *ff. de Condit. & demonſtr.* quæ quidem verba licèt in extraneo, ſeu non neceſſario hærede nihil operentur, attamen in neceſſario, qualis eſt filius in poteſtate, operantur, vt non maneat neceſſarius, atque adeò nec ſuus, & reddunt inſtitutionem conditionalem, *l. Verba hæc*, 12. *& ibi Gloſ. & DD. ff. de Condit. inſtit. l. Iam dubitari*, 86. *vbi etiam DD. ff. de Hæred. inſtit.* Modo ſic arguo Per ſubſtitutionem Vulgarem factam filio in poteſtate manet filius inſtitutus ſub conditione, *Si voluerit eſſe hæres*, inſtitutus autem ſub conditione non tranſmittit hæreditatem, ſi decedat ante conditionem impletam, vt ſumitur *ex l. Vnica, §. Sin autem aliquid ſub conditione, Cod de Caduc. tol.* & patet, quia in relictis conditionalibus non cedit dies ante implementum conditionis, *d. §. Sin autem*, & ſi conditio deficiat, perinde habentur, ac ſi relicta non eſſent, vt eſt notiſsimum: patet autem, non poſſe quem tranſmittere hæreditatem ſibi non relictam: igitur cũ filius in caſu, de quo loquimur, deceſſerit ante impletam illam conditionem, ſub qua fuit inſtitutus, *Si volet eſſe hæres*, ſiquidem deceſsit non adita hæreditate, & ſic antequam voluerit eſſe hæres, planè ſequitur nullo modo potuiſſe hæreditatem tranſmittere.

Nihilominus tamen recedendum non eſt à præfata ſententia, quæ videtur communis, ac præſertim ſi agatur de tranſmiſſione ex jure ſanguinis, ſeu ad liberos, cùm pro ea ſtet præſumpta voluntas teſtatoris, vt vidimus *ſupra num.* 112. & cõſtat *ex d. l. vnica, Cod. de His qui ante aper. tab.* Ad difficultatem verò in contrarium objectam reſpondetur, quòd inſtituto filio in poteſtate ſub dicta conditione, *Si voluerit*, vel *ſi volet eſſe hæres*, per hujuſmodi conditionem non redditur inſtitutio conditionalis quoad ſubſtantiam, ſed ſolùm quoad qualitatem, & peculiarem vim, quam aliàs in filio haberet, id eſt, non ſuſpenditur inſtitutio donec filius exprimat ſe velle eſſe hæredem, quaſi ante talem expreſsionem non ſit hæreditas ei delata, ſed ſolùm ſuſpenditur vis, quam aliàs haberet efficiendi fili- 124

D 4 um

um reipſa hæredem independenter ab ejus voluntate, ita vt idem valeat, *Si volet eſſe hæres*, acſi diceretur, *Si nolit, hæres non exiſtat*, vt expreſsè habetur *in d. l. Verba hæc*, 12. *ff. de Condit. inſtit.* ibi: *Verba hæc, ſi volet, hæres eſto: in neceſſario conditionem faciunt, vt ſi nolit, hæres non exiſtat*: quod etiam conſtat ex *d. l. Iam dubitari, & ex l. Cornelius*, 69. *ff. de Hæred, inſtit.* Atque ita docent Dynus, Bald. & alij communiter *in d. l. Cornelius*, & Gloſ. vlt *in d. l. Iam dubitari*, vbi etiam Bald. & alij. Vnde in noſtro caſu, per illam conditionem, *Si voluerit eſſe hæres*, appoſitam, vel ſubintellectam in inſtitutione filij in poteſtate, cui datus eſt ſubſtitutus, ſolùm fuit impedita acquiſitio hæreditatis ex neceſsitate, & ex potentia Suitatis, antequam filius exprimeret ſe velle eſſe hæredem; non verò fuit effectum, vt hæreditas non cenſeretur ei delata ſtatim poſt mortem patris, antequam illam expreſsionem faceret; & ita non manſit impeditus, quominus ſtatim poſſet hæreditatem tranſmittere tam ex jure ſanguinis, quàm deliberandi, quemadmodum hæredes non ſui, qui vt eam ex his juribus tranſmittant, ſatis eſt quòd fuerit delata, licèt eâ nondum acceptatâ deceſſerint.

125 Neque obſtat, quòd in legatis, ſi fuerint relicta ſub conditione, *Si legatarius volet*, talis conditio operatur vt non tranſmittantur ad hæredes, ſi legatarius decedat antequam declaret ſe ea acceptare, vt expreſsè habetur *in l. Si ita legatum*, 68 *§. Illi, ſi volet, ff de Leg* 1. Nam hoc ſolùm probat, quod hæres Suus inſtitutus ſub dicta conditione, *Si volet*, non tranſmittit hæreditatem, vt jam ſibi acquiſitam, ſi decedat antequam declaret, ſe velle eſſe hæredem: nam quemadmodum illa conditio in legatis efficit, vt non acquiratur jus legatario antequam ea accepter, & ſic vt non tranſmittantur quaſi jam illi quæſita, ſi ante acceptationem decedat: ita etiam in hæreditate reſpectu Sui hæredis operatur, vt is eam non acquirat ex potentia Suitatis, & conſequenter vt eam tranſmittere non poſſit tanquam ſibi jam quæſitam, ſi moriatur eâ nondum acceptatâ. Non autem probat, quod ante illam acceptationem non poſsit præfatus hæres facultatem adeundi tranſmittere ex jure ſanguinis, vel deliberandi ſupra explicato; nam de hoc tranſmittendi genere non agitur *in d. §. Illi, ſi volet*, neque in vllis alijs legibus Digeſtorum; fuit enim multo poſt introductum per jus Codicis *in d. l. vnica, Cod. de His qui ante aper. tab. & in d. l. Cũ in antiquioribus, Cod. de Iure deliberandi.*

126 Vnde non abs re dubitari poteſt, an etiam in legatis relictis ſub dicta conditione, *Si volet*, habeat locum tranſmiſsio ex jure ſanguinis (quæ non ſolùm pro hæreditatibus, ſed etiam pro legatis, & fideicommiſsis conceſſa eſt, *in d. l. vnica*) ſi legatarius decedat antequam declaret ſe illa acceptare? quam quæſtionem non reperio apud DD; ſed tamen pars negatiua tenenda videtur, juxta Gloſ. *in d. l. Iam dubitari, verb. Non debet, ad fin.* vbi expendens textum *in d. l. Si ita legatum, §. Illi, ſi volet*, vbi agitur de legato relicto ſub dicta conditione, *Si legatarius illud volet*, dicit, quòd loquitur de conditione quæ ſuſpendit, quod non facit illa de qua eſt ſermo *in d. l. Iam dubitari*, vbi agitur de conditione, *Si volet*, adjecta inſtitutioni filij in poteſtate; quòd hæc ſolùm operetur, vt inſtitutus non ſit hæres neceſſarius. Ex qua doctrina clarè deducitur, quòd neque ex jure ſanguinis tranſmittitur dictum legatum, ſi legatarius deceſsit antequam expreſſerit ſe illud velle; nam quod relictum eſt ſub conditione ſuſpenſiua, ſi ea deficiat, perinde ſe habet acſi relictum non eſſet: legatum autem, quod relictum non eſt, nullo modo tranſmitti poteſt, vt patet. Accedit prætereà text. *in l. vnica, §. Sin autem aliquid ſub conditione, Cod. de Caduc. tol.* vbi vniuerſim ſtatuitur, quòd legatum, & fideicommiſſum conditionale non cedit, niſi impleta conditione, & ſi ante eam impletam legatarius, vel fideicommiſſarius moriatur, non tranſmittitur, ſed vadit ad ſubſtitutum, vel conjunctum, vel remanet hæredi teſtatoris.

§. 7. *Vtrum*

§. 7. Vtrum ſeruo alieno inſtituto hæreditatem repudiante, vel adire nolente, admittatur ſubſtitutus, excluſo domino?

SUMMARIUM.

SEruus ab aliquo inſtitutus non poteſt hæreditatem repudiare abſque juſſu domini, poteſt autem nolle adire, etiam domino jubente, vt adeat; numer.127.

Vt hæreditas, in qua ſeruus inſtitutus eſt, domino acquiratur, neceſſaria eſt voluntas, ſeu aditio ipſius ſerui; ibid.

Seruus inſtitutus contemplatione domini, poteſt cogi adire, & acquirere hæreditatem domino. Etſi quidem abſque controuerſia conſtet, quòd ille eſt ſeruus, ipſe dominus eum poteſt per ſe ipſum cogere; num.128.

Seruo alieno inſtituto nolente hæreditatẽ adire, prima ſententia tenet, non ſtatim fieri locum ſubſtituto, neque dominũ excludi, vbi ſeruus domino jubente adire recuſat, ſed præfigendum eſſe terminum ad inſtantiam ſubſtituti; & ſi intra illum non adeat, tunc eo elapſo ſubſtitutum admitti; num. 129. Et hæc ſententia magis probatur; n.132.

Secunda ſententia diſtinguit inter ſeruum inſtitutum contemplatione domini. & inſtitutum gratiâ ipſius: ac de primo affirmat, eum poſſe cogi adire, & ſi cogatur, non conſiderari, quòd re ipſa non adeat, & domino acquirat, excluſo ſubſtituto; num. 130. De ſecundo autem tenet, quòd vbi non vult adire, ſtatim facit locum ſubſtituto; n.131.

Quid dicendum retentâ prædictâ ſecundâ ſententiâ, ſi ſeruus contemplatione domini inſtitutus, adeò pertinax ſit, vt neque durè coactus velit adire? num.132. & ſeqq.

Seruus inſtitutus contemplatione domini, ſi ei datus eſt ſubſtitutus, non poteſt cogi per judicialem poteſtatem, vt adeat, ſed ſolùm poteſt cogi à domino, vel ex delegatione domini, idque moderatè: & ſi taliter coactus reipſa non adeat, admittendus eſt ſubſtitutus; num. 133. & ſeq.

Si ſeruus communis duorum inſtitutus ſit, & juſſu vnius domini adeat, non veró juſſu alterius, an ſubſtitutus admittatur ad partem ejus, qui non juſsit adire? quidve de illa faciendum? numer.135.

QUarta quæſtio in ordine circa præfatam conditionem Vulgaris ſubſtitutionis eſt, ſi inſtitutus ſit ſeruus alienus, dato ſubſtituto vulgari, ille vero nolit adire, an per hoc impleatur dicta conditio ſubſtitutionis, *Si hæres non erit*, vt ſubſtitutus admitti debeat excluſo domino ſerui? Quæ dubitatio ſub alijs terminis eſt, vtrùm ille ſeruus nolendo adire, noceat domino, & locum faciat ſubſtituto? Vbi ante omnia aduertendum, quòd licèt ſeruus non poſsit repudiare hæreditatem abſque juſſu domini, *l. Legatum, ff. de Leg. 1. l. Is poteſt, 18. & ibi Gloſ. ff. de Acquir. hæred.* attamen poteſt nolle adire, etiam jubente domino, vt adeat; vt expreſsè habetur *in l. Cùm proponas, 3. ad fin. Cod. de Hæred. inſtit.* & notat Gloſ. *in d. l. Is poteſt*, & Polit. *de Subſtit. tit. de Subſtit. Vulg. partic. 3. ſub num. 14.* Aduertendum præterea, quòd inſtituto ſeruo, vt hæreditas acquiratur domino, neceſſaria eſt voluntas, ſeu aditio ipſius ſerui, vt conſtat, *ex d. l. Cùm proponas, & ex l. Seruo inuito, 65. in princip. ff. Ad Trebel.* Vnde ſeruo adire nolente non poteſt dominus adire, & ſi de facto adeat, nihil facit. 127

Aduertendum denique quòd ſeruus 128 inſtitutus contemplatione domini poteſt cogi; vt adeat, & domino acquirat. Ita ſumitur ex *l. penult. Cod. de Iure deliber.* ibi: *Quia apertiſsimum eſt, intuitu domini inſtitutionem eſſe conſcriptam, neceſſe ſit omnino per competentem judicem eum compelli adire.* Vbi nota in hoc textu eſſe ſermonem de ſeruo, qui litigabat aduerſus dominum contendendo ſe eſſe liberum: ſi enim abſque controuerſia cõſtet de ſeruitute inſtituti, tunc ipſe dominus

nus eum poteſt per ſe ipſum compellere, vt tradit Barth. *in d.l.penult.num.*1.Paul. Caſtr.*ibid.num.*5.& Polit. *ſupra,num.*15. *fine*, vbi addit, quòd in hoc etiam caſu poteſt dominus implorare officium judicis, vt eum cogat adire, vel puniat,pro arbitrio ipſius domini, argum. *l.*3. *Cod. de Patr. poteſt.* Ratio vero cur dominus eum poteſt cogere, videtur eſſe, quia poteſt illi jubere vt adeat: vnde conſequens eſt teneri eum obedire, & ſi non obediat poſſe dominum eum punire, vt contumacem, & efficere vt à contumacia diſcedat. Circa hoc tamen vide quæ infra dicam, *num.*134.

129 His animaduerſis, prima ſententia in propoſita quæſtione eſt, non fieri locum ſubſtituto, nec dominum excludi, vbiprimum ſeruus domino aditionem imperanti obtemperare recuſat, & adire non vult, quia cùm illa recuſatio non habeat vim repudiationis, ſiquidem ſeruus ſola ſua voluntate repudiare non poteſt, vt dictum eſt, licèt tunc noluerit obedire domino, adhuc poterit poſtea adire,& interim non admittitur ſubſtitutus, vt per *l. Quandiu inſtitutus,* 68.*ff. de Acquir. hæred.* Cæterùm cùm ſeruus toto vitæ ſuæ tempore perſiſtere poſsit in nolitione adeundi, & perquàm durum ſit quòd ſubſtitutus tandiu maneat in ſuſpenſo, & hæreditas tanto tempore jaceat, addit hæc ſententia, debere à judice aſsignari terminum ad inſtantiam ſubſtituti, & ſi ſeruus intra eum non adeat, ſtatim eo elapſo locum fieri ſubſtituto,& dominum manere omnino excluſum. Ita ſentiunt Paul. Caſtr. *in d. l. Cùm proponas, num.* 10. & ibi Corneus *num.* 16.*Cod. de Hæred.inſtit.* Imola *in l. Paterfamil. col.* 4. *ff.eod. tit.* & alij. In contrarium tamen videtur ſtare text. *in d. l. Cùm proponas,* ibi: *Si nec per ſemetipſum alium feciſſet hæredem (potuit enim, quanuis jubente domino, nolle adire) ita demum ſubſtitutus vocaretur.* Quibus verbis innuitur, quòd ſtatim ubi ſeruus adire recuſat, defertur hæreditas ſubſtituto.

130 Secunda igitur ſententia eſt, debere in præſenti diſtingui inter ſeruum inſtitutum contemplatione domini, & inſtitutum gratiâ ipſius ſerui: & ſi quidem ſeruus priori modo inſtitutus ſit, tunc non ſtatim deferri hæreditatem ſubſtituto, nec dominum excludi, vbi ille nonvult adire domino jubente, ſed poſſe cogi vt adeat. *d.l.penult. Cod. de Iure deliber.* & licèt ejus voluntas neceſſaria ſit, vt per eum hæreditas domino acquiratur,vt per *d.l Seruo inuito, in princip.* attamen, ſi per judicem, ſeu per prætorem cogatur, vt poteſt, non conſiderari in eo tantam pertinaciam, vt etiam ita coactus perſiſturus ſit in recuſatione aditionis. Quod probatur per text. *in l.* 1. *§.* 1.*ff. Siquis omiſſâ causâ teſtament.* vbi dominus dicitur incidere in edictum illius tituli, *Si,* ſe jubente, ſeruus non adierit, cùm poſsit illum nolentem cogere. Quæ deciſio eſſet iniqua, ſi conſideraretur talis pertinacia ſerui, ſiquidem tunc meritò dominus excuſari poſſet. Facit etiam quòd in toto titulo, *ff.ad Trebel.* conſideratur coactio, non autem talis pertinacia. Tunc autem cenſetur inſtitutus ſeruus contemplatione domini, quando in ipſa inſtitutione facta eſt mentio domini, vel etiam quando ſolius ſeruitutis inſtituti, vt conſtat ex dictis *ſupra §.4.num.*87.& notat Polit. *loco infra citat.*

Si verò poſteriori modo, id eſt gratiâ ipſius ſerui, inſtitutio facta ſit, tenet prædicta ſententia ſtatim admitti ſubſtitutum, vbiprimùm ſeruus non vult adire, non quia is poſsit repudiare, ſed quia nolendo adire, verificatur conditio, *Si hæres non erit,* neque enim in iſto caſu eſſe in conſideratione, quòd dominus poſſet illum cogere, cùm teſtator de domino non cogitauerit; & ideo ſtatim deferri hæreditatem ſubſtituto, perinde acſi inſtitutus jure repudiaſſet; quam reſolutionem probat text. *in d. l. Cùm proponas,* qui planè procedit in hoc caſu; ſiquidem loquitur de ſeruo, quem teſtator putabat eſſe liberum, & vt talem inſtituerat, vbi nulla domini contemplatio conſiderari poteſt, ſed ſola inſtituti gratia, vt patet. Hanc ſententiam ita explicatam quoad vtramque partem tenet Politus *de Subſt. tit.* 131

tit. de Subſtit. Vulgari partic. 3. num. 18.

Cæterum prior ſententia magis arri-
132 det, cùm ſit receptior, & magis æquitati, ac rationi conſentanea; vnde in praxi ab ea non recederem. Tenendo autem ſecundam ſententiam, deſiderabit fortaſſe aliquis maiorem lucem circa priorem illius partem, quatenus dicit, non conſiderari tantam pertinaciam in ſeruo, vt etiam coactus nolit tandem adire, nam licèt nunquam moraliter eueniet, vt à ſeruo coacto, perſertim diu vexato, tandem non extorqueatur, vt parcat domino aditionem imperanti: attamen cùm non ſit impoſsibile reperiri ſeruum adeò pertinacem, vt nullo coactionis genere flectẽdus ſperetur, dubitari poteſt, an hujuſmodi pertinacia noceat domino, vt tandem admittendus ſit ſubſtitutus, ſi ſeruus reipſa non adeat? Videtur reſpondendum negatiuè, dicique poſſe, quòd licèt ſeruus moriatur, non adita hæreditate, ſatis eſt quod fuerit juſſus adire, ad hoc vt hæreditas cenſeatur adita quantum ad effectum, vt domino acquiratur, vt in ſpecie admittit Menchaca *tract. de Succeſsion. creatione lib.* 3. §. 21. *ſub num.* 250. *verſ. Quid dicendum*, argum. *l. Non juſtam* 4. *Cod. Ad Trebel.* vbi ſi inſtitutus cum onere fideicommiſsi vniuerſalis moriatur, non adita hæreditate, poſtquam juſſus fuerat per judicem vt adiret, habetur hæreditas pro adita, ad effectum, vt fideicommiſſum confirmetur, & tandem fideicommiſſario reſtituatur vt ibi declarat Barthol. quem cæteri DD. ſequuntur, teſte Peregrino, *tract. de Fideicommiſsis art.* 2. *num.* 76.

133 Nihilominus communis opinio videtur eſſe, nullam coactionem domino prodeſſe ad acquirendam hæreditatem, & ſubſtitutum excludendum, ſi ſeruus reipſa non adeat. Ita ſentit Gloſ *in d. l. pen. verb. Adire, Cod. de Iure deliber. & in d. l. Cùm proponas, verb. Potuit, Cod. de Hæredib. inſtit.* vbi etiam Barthol. *num.* 5. Fulgoſ. *num.* 3. Paul. Caſtr. *num.* 4. & alij qui dicunt ſeruum nolentem adire præjudicare domino, etiamſi dominus ad extorquendam aditionem eum excoriaſſet: & Politus *vbi ſupra, num.* 16. quærens, quid faciendum, ſi ſeruus neque domino, neque judici aditionem imperanti obedire velit, quantumuis omne tormentum patiatur, fatetur neminem, quem ipſe legerit, vſque ad eam diem dubitaſſe, quin eâ ſerui obſtinatione domino præjudicetur, *per d. l. Cùm proponas*, quatenus ſcilicet ibi dicitur, quod non obſtante juſſu domini, poteſt ſeruus nolle adire, & tunc fieri locum ſubſtituto: ad quod etiam eſt text. *in d. l. Seruo inuito, ff. Ad Trebel.* Hæc igitur opinio nobis tenenda eſt, quam etiam tenet Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 1. *cap.* 7 *ſub num.* 5. vbi ad argumentum, quod in contrarium ſumitur *ex d. l. Non juſtam*, reſpondet ex doctrina Baldi *ibid. num.* 5. quod quando teſtator ſubſtituit vulgariter, & non fideicommiſſariè, tunc inſtitutus non poteſt per judicem cogi vt adeat, & ſi fiat coactio nullum operatur effectum; neque *d. l. Non juſtam*, locum habet, quia teſtator, ſubſtituendo vulgariter dat licentiam abſtinendi, & ſic præceptum judicis non tenet, cùm ſit contra voluntatem teſtatoris; item quia ille inſtitutus nolendo adire non videtur facere in fraudem, cùm permittente teſtatore repudiet, *l.* 1. *§. Si proponatur, ff. Si quis omiſſâ cauſâ teſtam.* Vnde cùm in noſtro caſu datus ſit, & exiſtat ſubſtitutus vulgaris, & non fideicommiſſarius, vt ſupponimus, non poteſt ſeruus cogi per judicem, vt adeat, & ſi cogatur, id non tollet quominus ſubſtitutus admittatur, excluſo domino, ſi ſeruus reipſa non adeat.

Neque obſtat *d. l. penult. Cod. de Iure* 134
deliber. quæ in caſu ibi propoſito dicit, ſeruum inſtitutum contemplatione domini cogendum eſſe per judicem, vt adeat, nam debet intelligi per ſupradicta, niſi habeat ſubſtitutum vulgarem. Vnde ſi ſeruus in tali caſu adeat ob coactionem factam per judicem, aditio erit vitioſa, & reſcindenda, atque adeo minimè ſufficiens ad excludendũ omnino ſubſtitutum cùm fuerit facta ex coactione injuſta, & ſic per metum injuſtè illatum, ex quo omnis actus redditur vitioſus, & ſaltem

in

in foro conſcientiæ annullandus. Id autem intelligo quando judex ſeruum coegiſſet judicialiter ex publica ſui muneris auctoritate & poteſtate, cùm in tali coactione illam excederet: ſecus autem, ſi ſolùm nomine ipſius domini, & ex facultate illius ſeruum compuliſſet, vt mittendo eum in carcerem ad petitionem domini, eumque ibi detinendo, & faciendo alia pro arbitrio domini, ad quæ poteſtas dominatiua in tali caſu ſe extenderet. Nam omnes concedunt poſſe dominum cogere ſeruum, quem poſsidet, vt adeat, idq; ſatis probat ratio adducta, *num.* 128. *fine*, præſertim quando ſeruus eſt inſtitutus contemplatione ipſius domini, in quo caſu hìc loquimur: quòd ſi dominus poteſt illum cogere per ſe, etiam poteſt per alium, atque adeo & per brachium judicis, vices ſuas ei delegando. Credo autem non poſſe illum cogere crudeliter, ſed moderatè, cùm teſtator dando ſubſtitutum, atque ipſum etiam jus illi permittat, vt poſsit nolle adire, etiam jubente domino; vnde non videtur grauiter dominum offendere nolendo ad juſſum ejus adire.

135 Hactenus dicta procedunt in ſeruo vnius domini jubentis eum adire. Vnde ſupereſt dubium, ſi ſeruus ſit communis duorum, & juſſu vnius adeat, non verò juſſu alterius, qui fortè hæreditatem repudiauit; an tunc admittatur ſubſtitutus ad partem, quam repudians omiſit, vel potiùs ea pars accreſcat ei qui adire juſsit? Reſpondet Polit. *tract. de Subſtitut. tit. de Subſtitut. Vulgari, particul.* 3. *num.* 21. quòd illa portio debet pertinere ad ſubſtitum, cùm ſeruus communis vicem duorum ſuſtineat, vt *l.* 1. *§. Si ſeruus, ff. de Stipulat. ſeru.* & ita etiam docet Bald. de Vbald. *tract. de Subſtit. rubr. de Subſtit. Vulgari, num.* 14. Addit verò Polit. *loco citat.* Si dominus, qui omiſit, expreſsè non repudiauit, ſed tantùm negatiuè ſe habuit, quòd tunc illa portio vel ipſi ſeruo poſtea manumiſſo quæri poſsit, vel nouo domino adire jubenti, ſi fuerit alienatus, vt eſt caſus *in l. Seruus duorum,* 64. *cum ſeq. ff. de Acquir. hæred.* Quæ etiam probantur per caſum *l. fin. in princip. ff. eodem.*

§. Vtrum filioſamiliàs inſtituto hæreditatem repudiante, admittatur ſubſtitutus, excluſo patre inſtituti?

SVMMARIVM.

Prima ſententia in hac quæſtione eſt, admittendum eſſe potrem, excluſo ſubſtituto; num. 136. *Quibus fũdamentis? num.* 137.

Secunda ſententia tenet admittendum eſſe ſubſtitutum; num. 138. *Probatur multis fundamentis; ibid. & numer.* 139.

Præfertur prior ſententia, quæ eſt communis, & ſoluuntur fundamenta ſecundæ; num. 140. *& ſeq.*

Per jus accreſcendi competens cohæredi excluditur pater inſtituti, quando ipſe filius inſtitutus mortuus eſt ante aditam hæreditatem: ſecus verò, ſi hæreditatem repudiauit; num. 141.

Prædicta prima ſententia limitatur primò, vt non procedat ſi inſtitutus eſſet talis perſona, quæ veroſimiliter eſſet charior teſtatori, quàm pater inſtituti; num. 142.

Limitatur ſecundò, vt non procedat ſi inſtitutus repudiauerit repudiatione tacita, ideſt reſultante ex diſpoſitione legis, eoquod lapſum fuerit tempus illi à judice præfixum ad adeundum; num. 143. *Hæc limitatio procedit tum in caſu, quo tam inſtitutus, quàm ejus pater ſciebat delatam eſſe hæreditatem; num* 144. *Tum etiam quando ſolus filius id ſciebat, & noluit adire intra terminum præfixum; num.* 145. *Idque licèt id fecerit malitioſe, vt patri præjudicaret, nec pater ſic fraudatus poterit in integrum reſtitui aduerſus lapſum termini; num.* 136. *Secus autem, quando inſtitutus ſciens delatam ſibi eſſe hæreditatem potuit patrem certiorare, & dum pater ignorat, elapſus eſt terminus; num.* 147.

Li-

Limitatur tertiò, & non procedat in hæreditate Profectitia, id eſt, in qua filiusfamil. inſtitutus. eſt contemplatione patris; num. 148. & ſeq. Hanc tamen limitationem aliqui non improbabiliter rejiciunt; num. 151.

Quando filius eſt inſtitutus contemplatione patris, poteſt pater illum cogere vt adeat, & illo adeunte tota hæreditas cum ſuis oneribus patri acquiritur; numer. 149. Et quid ſi pater non poſsit de facto filium cogere vt adeat, vt quia eſt abſens, vel furioſus? num 150.

Vtrum filius inſtitutus contemplatione patris, illi præjudicet, & locum faciat ſubſtituto, ſi nolit adire, etiam patre jubente, & cogente illum, vt adeat? ibidem.

In dubio non præſumitur filius inſtitutus contemplatione patris? eod. num. 150.

136 QVinta quæſtio eſt, ſi inſtitutus ſit filiusſamiliàs, & repudiet, an per hoc fiat locus ſubſtituto, vel potiùs admittendus ſit pater ipſius inſtituti, juxta diſpoſitionem, *l. fin. Cod. de Bon. quæ liberis*, vbi ſancitum eſt, vt filio in poteſtate recuſante adire hæreditatem ſibi delatam, poſsit ejus pater illam adire, & ſibi acquirere? In hac quæſtione prima ſententia eſt, admittendum eſſe patrem, & ſubſtitutum excludi. Ita ſentiunt Gloſ. *in d. l. fin. in princip. verb. Recuſante filio.* & ibidem Barth. *num.* 2. Jacob Butticar. Ruin. Bald. & alij, idem Barth. *in l. 1. numer.* 22 *ff. de Vulgari* vbi etiam Alex. *numer.* 24. Jaſ. *num.* 44. Ripa *num.* 142. dicens eſſe communem, Alciat. *num.* 27. & plures alij Iterum Barth. *in l. Cum proponas, num.* 3. vbi etiam Bald. & Fulgoſ. Bald. de Vbald. *tract. de Subſtit. rubr. de Subſtit. Vulgari, num.* 15. *&* 16. Menchaca *de Succeſſ. progreſ. lib.* 2. *§.* 12. *numer.* 22. & multi alij quos refert Fuſar. *de Subſtitut. q.* 42 *num.* 1. & Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 6. *num.* 1. affirmans eſſe communem, & receptam ſcribentium ſententiam.

137 Præcipua illius fundamenta ſunt. Primum, quia in *d. l. fin. §. Similiq; modo*, dicitur quòd perinde poſsit pater adire hæreditatem à filio repudiatam, quaſi ipſe pater ab initio fuiſſet hæres inſtitutus: ſed ſi ab initio inſtitutus eſſet, ſubſtitutũ excluderet, vt patet: ergo pari modo illum excludit filio repudiante. Secundum, quia quandiu hæreditas poteſt adiri per vocatum in primo gradu, non eſt locus ſubſtituto, ſeu vocato in ſecundo gradu, *l. Quandiu inſtitutus*, 68. *ff. de Acquir. hæred.* atqui repudiante filio, vocatur pater tanquam inſtitutus in primo gradu *d. §. Similique modo*: ergo ſi ſit viuus, quãdo filius repudiat, nec aliàs ſit impeditus, vt adire poſsit, non eſt locus ſubſtituto. Tertium quia ſubſtitutio Vulgaris intelligitur ſub conditione, ſi inſtitutus non erit hæres, neque alium hæredem fecerit, *l. Si paterfamil. ff. de Hæred. inſtit. cum ſimilib.* in præſentia autem filius miniſterio ſuo fecit hæredem patrem, & pater ex jure filij adijt: ergo non eſt locus ſubſtituto. Quartum, quia quòd pater poſſet adire hæreditatem à filio repudiatam fuit inductum per *d. l. fin.* in compenſationem juris, quod ei per nouas leges fuerat diminutum: olim namque quidquid acquirebat filius patri acquirebat, *l. Placet, ff. de Acquir. hæred.* poſtea fuit hoc reſtrictum ad vſumfructum (vt ſcilicet filius ſibi acquireret proprietatem Aduentitiorum, patri verò vſumfructum, *l. Cùm oportet, & d. l. fin. in princip. Cod. de Bon. quæ liber.*) Hæc autem compenſatio conſiſtit in hoc, vt ſicut olim quæcumque bona Aduentitia filius acquirebat, patri acquirebat; ita hodie quæcumque hæreditas à filio fuerit repudiata, poſsit acquiri patri; & cõſequenter, vt is poſsit excludere ſubſtitutũ, ſicut excludit veniẽtes ab inteſtato.

Secunda ſententia eſt, ſubſtitutum eſſe 138
admittendũ, patre inſtituti excluſo. Hanc tenent Angel. Alex. & Ruin. *in d. l. 1. ff. de Vulgari*, idem Angel. Alberic. & Paul. Caſtr. *in d. l. fin. in princ. Cod. de Bon. quæ liber.* Jaſon. Caſtr. *in d. l. Cùm proponas, C. de Hæred. inſtit.* Donel. *de Iure Ciuili, lib.* 6 *cap.* 24. *verſ. Hoc loco.* Polit. *tract. de Subſtitut. tit. de Subſtitut. Vulgari, partic.* 3. *numer.* 31. *& ſeqq.* Trentacinq.

tract. de Subſtitut. p. 1. *cap.* 6. *numer.* 10. *verſ. Ex prædictis*, & alij quos refert idem Trentacinq. *num.* 3. *fine*, & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 42. *num.* 2. Ducuntur præcipuè his fundamentis. Primò, quia conditio ſubſtitutionis, *Si inſtitutus non erit hæres*, extitit filio repudiante, nam talis filius non fit hæres ſibi, vt conſtat, neque etiam patri, nam pater per *d. l. fin.* non vocatur ex perſona filij, ſed ex propria perſona, acſi eſſet à principio hæres inſtitutus, *d. §. Similique modo:* exiſtente autem conditione ſubſtitutionis, admittitur ſubſtitutus. Confirmatur, nam dicta conditio ſubſtitutionis Vulgaris, intelligitur in hunc ſenſum, *Si inſtitutus non erit hæres, neque aditione ſua alium fecerit hæredem*, vt conſtat *ex l. Si paterfamil. ff. de Hæred. inſtit. & ex d. l. Cùm proponas*, ibi, *Neque per ſemetipſum alium, &c. Cod. eod.* In præſenti autem filius inſtitutus, non ſolùm non adiuit, ſed repudiauit: vnde nulla ratione poteſt dici, quòd ipſe fecerit patrem hæredem, neque enim repudiatio eſt medium aptum ad acquirendam alicui hæreditatem.

Secundò, quia jus ſubſtitutionis Vul-
139 garis eſt potentius jure accreſcendi, illudque excludit, vt diximus *§. præced. num.* 128. & conſtat per *l.* 2. *§. Si duo, ff. de Bonor. poſſeſ. ſecundùm tab. & l. Quidam teſtamento Proculum, & l. fin. ff. de Vulgari & Pupil. cum ſimil.* Jus autem accreſcendi excludit patrem inſtituti *l.* 2. *Cod. Ad Orfician.* ergo à fortiori jus ſubſtitutionis ipſum patrem excludit. Tertiò, quia prouiſio hominis facit ceſſare prouiſionem legis, *l. Cùm ex filio, §.* 1. *ff. de Vulgari, & l. Ex facto, §. Item quæro, ff. eod.* ſed in noſtro caſu teſtator vocauit ſubſtitutum: ergo ceſſat prouiſio legis, quæ vocauit patrem. Quartò, quia diſpoſitio *d. l. fin. Cod. de Bon. quæ liber.* quatenus vocat patrem ad hæreditatem à filio repudiatam, eſt noua & correctoria; nam olim pater non acquirebat hæreditatem filio relictam, niſi mediante aditione filij, ergo non debet extendi ad caſum, quo filius repudiat, ſtante ſubſtituto: nam correctoria non extenduntur, vt per DD. *in auth. Quas actiones, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Quintò denique quia teſtator dando ſubſtitutum dat licentiam inſtituto, vt poſſit repudiare, & facere locum ſubſtituto, quæ licentia eſt adeò efficax, vt hæredem de jure Ciuili neceſſarium reddat voluntarium, vt omnes fatentur, & conſtat per *l. Iam dubitari*, 86. *ff. de Hæred. inſtit. cum ſimil.* ergo etiam in præſenti, cùm filius habeat ſubſtitutum, & ſic licentiam repudiandi in fauorem illius, hæc licentia erit efficax ad faciendum locum ſubſtituto, & excludendum patrem, non obſtante diſpoſitione juris Ciuilis *in d. l. fin.* per quam patri conceditur, vt poſſit adire hæreditatem à filio repudiatam. Alia fundamenta videri poſſunt apud Polit. & Trentacinq. *loc. citat.*

Ambæ hæ ſententiæ ſunt valde probabiles: magis tamen propendeo in pri- 140
mam propter duo priora fundamenta pro ea adducta, & quia eſt ſimpliciter communis, vt etiam Aduerſarij fatentur. Ad primum itaque fundamentum ſecundæ reſpondetur, in illa conditione ſubſtitutionis Vulgaris, *Si inſtitutus non erit hæres*, neceſſariò ſubaudiendum eſſe, vel alius loco illius in eodem primo gradu vocatus, vt in præſenti eſt pater; quo proinde adeunte, deficit conditio, & ſic euaneſcit ſubſtitutio. Vnde etiam ad confirmationem dicendum, quòd ille ſenſus, *Si non erit hæres, neque aditione ſua*, &c. non tollit quominus ſubaudiendum etiam ſit, quod modo diximus, imò id ſuadet; nam propterea cenſetur deficere illa conditio, quando inſtitutus ſua aditione facit alium hæredem, quia ille alius cenſetur vocatus in primo gradu loco inſtituti: quæ ratio etiam in noſtro caſu procedit.

Ad ſecundum reſpondetur, tunc per 141
jus accreſcendi excludi patrem inſtituti, quando inſtitutus mortuus eſt ante aditam hæreditatem, in quo caſu loquitur illa *l.* 2. *Cod. Ad Orfic.* Caſus namque, id eſt mors filij, poteſt præjudicare patri, licèt non repudiatio, vt tenent cõmuniter DD.

DD. *in d.l.fin.* nos autem loquimur quando inſtitutus repudiauit; quo caſu negamus excludi patrem per jus accreſcendi, ſicut negamus excludi per jus ſubſtitutionis, & ſic nihil concludit argumentum. Ad tertium reſpondetur, per prouiſionem hominis non tolli prouiſionem legis, niſi quando vna eſt alteri contraria; in præſenti autem contrariam non eſſe. Nam teſtator non intelligitur dediſſe ſubſtitutum, niſi verificata conditione ſubſtitutionis in ſenſu *numer præcedenti* explicato: & ſic non vocaſſe illum, dum pater inſtituti repudiantis exiſtit, & poteſt adire, juxta *d.l.fin.* Ad quartum reſpondetur, *d.l fin.* non extendi propriè ad caſum, quo filius repudians habet ſubſtitutum, ſed illum comprehendere, cùm vocet patrem ad hæreditatem à filio repudiatam, perinde acſi pater ab initio, & in primo gradu eſſet inſtitutus, & ſic ante ſubſtitutum. Ad quintum denique reſpondetur, negando conſequentiam; eſt enim diuerſa ratio in noſtro caſu; quia teſtator dans ſubſtitutum in tantùm cenſetur dare inſtituto licentiam repudiandi, in quantum ponit conditionem, *Si inſtitutus non erit hæres*, quæ idem valet acſi diceret, *Si noluerit, aut non potuerit eſſe hæres*: conditio autem, *Si noluerit*, licèt in hærede neceſſario operetur, & faciat de neceſſario voluntarium, at nihil operatur in extraneo *d. l. Iam dubitari, ff. de Hæred. inſtit. cum ſimil.* In præſenti autem hæres inſtitutus eſt extraneus reſpectu teſtatoris, & ſic nihil in eo operatur illa conditio, & licentia repudiandi, ad hoc vt poſsit nocere patri, nec teſtator intelligitur voluiſſe patri nocere, & quòd *d. l. fin.* non habeat locum in tali caſu; imò potiùs præſumi debet voluiſſe ſe cōformare cum diſpoſitione illius legis, ſicut cum alijs juris ſanctionibus, quando de contraria ejus voluntate non conſtat.

142 Prædicta verò communis ſententia limitatur primò, niſi ſubſtitutus eſſet talis perſona, quæ veroſimiliter eſſet magis dilecta à teſtatore, quàm pater inſtituti: nam tunc illa admitteretur, excluſo patre. Sic Bald. *in d.l.fin.in princip. Cod de Bon. quæ liber.* vbi etiam Caſtr. idem Bald. *in d. l. Cùm proponas, col.* 2. & ibi Alex. *Cod.de Hæred. inſtit.* Imola *in d.l. Paterfamil. col. penult. ff. eod.* Alex. *in d.l.1.num.2. ff. de Vulgari* vbi etiam Ripa, *num.* 146. Polit. *de Subſtitut. tit. de Subſtit. Vulgari partic.5.num.* 35. Trentacinq. *de Subſtitut.p.1.cap.6.num.*12. & plures alij quos citat, & ſequitur Fuſar. *de Subſtit.q.42. num.*3. contra Iaſ. & Alciat. quos ibid. refert. Probatur hoc per *l. fin. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* & per *l. Quidam ita in teſtamento, ff. Ad Trebel.* Neque obſtat ratio, qua Iaſon contrarium ſentit, quòd ſcilicet pater vocatur quaſi eſſet ab initio inſtitutus *d. §. Similique modo*, ſi autem inſtitutus eſſet, excluderet ſubſtitutum, licèt is eſſet magis dilectus; nam ad hoc reſpondetur, id etiam quod in illo *§. Similique modo* dicitur, intelligi debere cum eadem limitatione, *niſi ſubſtitutus eßet magis dilectus teſtatori, quàm pater*, nam in caſu excepto vt generalis concluſio non procedit, ita nec ejus ratio.

143 Limitatur ſecundò, niſi inſtitutus repudiauerit repudiatione tacita, ideſt reſultāte ex diſpoſitione legis, eoquod lapſum fuerit tempus illi à judice præfixum ad adeundū, juxta *l. Quandiu inſtitutus, 68.ff.de Acquir.hæred.* tunc enim præjudicat Patri. Barth. *in l.1.fine C. Qui admitti ad bonor.poßeſ.* & ibid. Dec. *in 3. lect.n.*47. Tiraq. *de Legib connub, Gloſ.5.n.*49. *&* 50. Menoch. *de Præſumpt.lib.1.q.*46. *fine*, & cæteri communiter per text. *in d.l.1.& l.fin.in princ.ff. Quis ordo in bonor. poſſeſ.ſeru.* & conſequenter admittitur ſubſtitutus, Trentacinq. *d.c.6.n.*13. & alij infra citandi. Ratio autem cur hodie illa tacita repudiatio nocet patri, non verò expreſſa, quod videtur mirum, eſt, quia olim, quando filius expreſsè repudiabat, non nocebat patri, *l. Is qui hæres, §. fin. ff. de Acquir.hæred.* Vnde filio expreſsè repudiante, non ſtatim acquirebatur hæreditas ſequenti in gradu: at quando filius excludebatur tempore, ſtatim ſequenti in gradu hæreditas deferabatur, &

jus adeundi hæreditatem, vel agnoſcendi bonorum-poſſeſsionem acquirebatur, §. *Cum igitur Inſt. de Bon. poſſeſ.* eâque de cauſa illa filij excluſio patri nocebat, *l. fin. ff. Quis ordo in bon. poſ.* & ideo non mirum quod hodie per nouum jus Codicis inductum ſit, vt quando filius expreſsè repudiauerit, poſsit pater adire, vt per *d. l. fin. Cod. de Bonis quæ liber.* ſecus verò, ſi filius ſolùm tacitè repudiet, omittendo adire intra tempus præfixum.

Cæterùm pro maiori declaratione hu-
144 jus limitationis, quæ quidem communis eſt, tres caſus diſtingui ſolent. Primus eſt, quando tam inſtitutus, quàm ejus pater ſciebat, eſſe delatam hæreditatem, vel bonorum poſſeſsionem, & neuter illam petijt intra tempus præfixum. Et in hoc caſu ſentiunt communiter DD. *in d. l. 1. Cod. Qui admitti*, præjudicari patri: quod ibi expreſsè affirmant Paul. Caſtr. *num.* 6. Salic. *num.* 19. & Corneus, *num.* 15. ſequuntur Polit. *d. partic.* 3. *num.* 39. Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 14. Fuſar. *d. q.* 42. *num.* 9. & alij. Ratio eſt, quia jura non ſubveniunt negligentibus, *l. Pupillus, ff. Quæ in fraudem credit: l. Non enim negligentibus, ff. Ex quibus cauſ. maior.* Vnde cùm in d. caſu tam pater, quàm filius fuerit negligens, neuter admittitur, & ſic fit locus ſubſtituto.

Secundus caſus eſt, quando ſolus inſ-
145 titutus ſciebat delatam ſibi eſſe hæreditatem, vel bonorum poſſeſsionem, & noluit patrem certiorare, vt illam petere poſſet intra terminum præfixum, & in hoc etiam caſu pater excluditur ex communi ſententia DD. *in d. l. 1. Cod. Qui admitti*, vbi Jacob de Naue, Cynus, Pet. de Belapert. *num.* 20. Barth. *col. fin.* Bald. 27. *oppoſit.* Salicet. *num.* 20. Paul. Caſtr. *numer.* 8. Alex. *num.* 6. Corneus, *num.* 15. *& in l. Is qui hæres*, vbi Barth. *num.* 6. Aretin. *col. penult.* & Iaſ. *num.* 34. *ff. de Acquir. hæred.* & plures alij quos citant, & ſequuntur Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 15. & Fuſar. *d. q.* 42. *num.* 10. Probatur primò, quia *in d. l. fin. §. Similique modo, Cod. de Bon. quæ liber.* dicit Imperator, quòd ea quæ ſuperiùs diſpoſuerat, vt ſcilicet pater poſſet adire, &c. ſeruanda ſunt, quando pater, & filius diſcordant, ideſt, quando filius recuſat adire, & pater vult vt adeat, vel econtra. In præſenti autem caſu talis diſcordia non eſt. Secundò, & principaliter, quia id perſuadet ratio pro præfata limitatione aſsignata *numer.* 143.

Et procedit hæc ſententia licèt filius
malitioſè permiſerit labi tempus, vt patri 146
præjudicaret, vt tenent Zuccar. *in d. l. 1. numer.* 50. *& ſequent. Cod. Qui admitti*, & ibi Dec. *in* 2. *lect. numer.* 29. *& in vltim. numer.* 105. Polit. *d. partic.* 3. *numer.* 39. & Trentacinq. *d. cap.* 6. *numer.* 15. *verſ. Et hoc procedit*: tum quia *d. l. 1. Cod. Qui admitti, & d. l. fin. ff. Quis ordo*, procedit indiſtinctè: tum etiam quia ſiue filius per ſolam negligentiam, ſiue per malitiam permiſerit labi tempus, pater non excluditur ob illam culpam filij, ſed propter lapſum termini. Tum denique quia cùm quis ſine fraude, ideſt, ſine animo fraudandi, in alienum præjudicium repudiare poteſt, cum fraude repudiare non prohibetur, *l. Quod autem, in princip. ff. Quæ in fraud. credit.* Quare ſi filius poteſt præjudicare patri ſinendo labi illum terminum abſque animo fraudandi, profectò etiam habendo illum prauum animum patri præjudicabit; licèt in contrarium ſtent Barthol. Roman. Alex. & Iaſ. *in dict. l. Is qui hæres*, & alij, quos refert Trentacinq. & Fuſar. *loc. citat.* Nec pater ſic fraudatus poterit in integrum reſtitui aduerſus lapſum termini, vt notant Zuccar. *in dict. l. 1. numer.* 24. *Cod. Qui admitti*, & Trentacinq. *vbi ſupra, verſ. Et nota* contra Tapiam *in dict. l. 1. numer.* 26. eſſet enim talis reſtitutio in præjudicium eorum, quibus hæreditas, vel bonorum poſſeſsio elapſo termino delata eſt: maior autem cum alieno præjudicio non reſtituitur ad lucrum, *l. Sciendum*, & ibi Barth. *ff. Ex quib. cauſ. maior.*

Tertius caſus eſt, quando inſtitutus 147
ſciens delatam ſibi eſſe hæreditatem, vel bonorum poſſeſsionem, non potuit patrē certiorare, & dum iſte ignorat elapſus eſt

Digitized by Google

eſt terminus, non agnita hæreditate, vel poſſeſſione per filium, & in hoc caſu non præjudicat patri tacita filij repudiatio, vt ſentiunt Zuccar. *in d. l. 1. num. 70. C. Qui admitti*, & Trentacinq. *d. cap. 6. num. 17.* licèt contrarium teneant Salicet. *in d. l. 1. num. 21.* & ibi Caſtr. *num. 7.* & Alex. *numer. 14.* dubitetque Fulgoſ. *in l. fin. Cod. de Repud. bon poſſeſ.* Ratio eſt, quia jure antiquo ejuſmodi tacita repudiatio non præjudicabat patri, quem filius ante lapſum termini certiorare non potuit, vt patet ex *d. l fin. ff. Quis ordo in bon. poſ. ſeru.* hoc autem jus nullibi hactenus reperitur mutatum.

148 Limitatur tertiò præfata communis ſententia, vt non procedat in hæreditate Profectitia, ideſt, in qua filiusfamil. eſt inſtitutus contemplatione patris. In hac enim non procedere diſpoſitionem *d. l. fin. C. de Bon. quæ liber.* qua patri conceditur, vt poſſit adire hæreditatem à filio repudiatam, tenent Jacob. de Naue, & alij antiqui DD. quos citant, & ſequuntur Salic. *in d. l fin. in princip. num. 6.* & ibid. Fulgoſ. *num. 4.* & Corneus *num. 3.* Alex. *in l. Siquis mihi bona, §. Iuſſum, num. 8. ff. de Acquir. hæred.* & alij quos refert Fuſar. *de Subſtit. q. 42. num. 15.* quia *d. l. fin.* loquitur expreſsè de hæreditate Aduentitia, & Caſtrenſi, & nullo modo de Profectitia: vnde quoad hanc manet immutatum jus antiquum, ex quo regulariter nõ acquirebatur patri hæreditas filiofamiliàs delata, niſi ipſo filio poſt juſſum patris eam adeunte, *l. Siquis mihi bona, 25. §. Iuſſum, & ibi DD. ff. de Acquir. hæred.*

149 Et ratio hujus differentiæ videtur eſſe, quam Salic. Bald. & alij attingunt *in d. l. fin. in princip.* quia quoad hæreditatem Profectitiam manet patri integrum jus cogendi filium, vt adeat, argum. *l. Filij, in princip. ff. de Fur. & l. Si filius, ff. de Patria poteſt. & l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. inſtit.* & ideo non oportuit prouideri ei de alio remedio. quod ſecùs eſt in hæreditate Aduentitia, & Caſtrenſi: nam cùm hodie etiam Aduentitia acquiratur filio quoad proprietatem, & ille mancat obligatus oneribus hæreditarijs, ſi illam adeat, vt per *d. l. fin.* non debet cogi adire, ne inuitus obligetur; & propterea jure optimo conceditur patri, vt poſſit eam ſuo periculo adire, ſi filius recuſet, quæ ratio non militat in hæreditate Profectitia, cùm hæc adita per filium tota patri cum ſuis oneribus quæratur, vt nec per momentum penes filium maneat, *l. Placet, ff. de Acquir hæred.*

Quòd ſi pater non poſſit de facto filium cogere, vt adeat, vt quia eſt abſens, vel furioſus, credit Bald. *in d. l. fin. in princip. numer. 14.* quod tunc ſuccurrendum eſt patri de æquitate ejuſdem *l. fin.* ſed hoc non approbat Corneus, *vbi ſup.* & meritò; nam alioqui, etiam quando filius patri jubenti, & compellenti reſiſteret, nec adduci poſſet ad adeundum, ſuccurrendum ſimiliter eſſet patri; quod admittendum non eſt, præſertim ſtante ſubſtituto, argum. *d. l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. inſtit.* & prætcrea, quia teſtator dando ſubſtitutum intelligitur dediſſe licentiam illi filiofamil. vt poſſet nolle adire, & ſic facere locum ſubſtitutõ in præjudicium patris, vt conſtat ex dictis *ſupra, numer. 133.* Vnde quæ ibi diximus circa ſeruum inſtitutum contemplatione domini, ſtante ſubſt.tuto, pari ratione procedunt in filiofamil. inſtituto contemplatione patris, ſtante ſimiliter ſubſtituto. Quando autem filius cenſeatur inſtitutus contemplatione patris, videas apud Menoch. *de Præſumpt. lib. 3. præſumpt. 28. & lib. 4. præſumpt. 22.* vbi per *l. vltim. in fine, Cod. de Vſufructu* ſtatuit regulam, quòd in dubio non præſumitur filius inſtitutus contemplatione patris, ſed ipſius filij. 150

Prædictis tamen non obſtantibus, graues DD. ſentiunt quòd etiam in hæreditate Profectitia locum habet diſpoſitio *d. l. fin.* & ſic recuſante filio eam adire, admittendum eſſe patrem, ſicut in Aduentitia, & Caſtrenſi à filio repudiatâ. Sic tenent Jaſon *in d. l. Cùm proponas, n. 21. C. de Hæred. inſtit.* Polit. *de Subſtit. tit. de Vulgari, partic. 3. n. 27.* Trentac. *de Subſtitut. p. 1. c. 7. n. 6. verſ. Huic rationi,* & alij, 151

 quod

quod etiam magis videtur probare Bald. *in d.l.fin.in princip. num.* 14. vbi dicit abſurdum eſſe, quòd pater admittatur per *d.l. final.* in Aduentitia, in qua minus jus habet, & non in Profectitia, quæ pleniori jure ad ipſum ſpectat: nam ſi ineſt id, de quo minùs videtur ineſſe; ergo & id de quo magis. Quod ſi opponas, *in d.l.fin.* non fieri mentionem de Profectitia; reſpondet eam legem eſſe conditam in fauorem patris, & ſic intelligi debere, vt etiam Profectitiam comprehendat. Hæc ſententia non eſt improbabilis, ſed tamen à contraria recedendum non eſt, per ſupra dicta.

§. 9. *Vtrum mortuo inſtituto antequam adiret, admittatur ejus pater, ſubſtituto excluſo?*

SUMMARIUM.

R*Eſpondetur negatiuè, niſi inſtitutus ſit infans, & moriatur in infantia; num.* 152.

Intelligitur autem prædicta reſolutio primò, niſi filius ſciens delatam ſibi eſſe hæreditatem moriatur intra annum poſt obitum teſtatoris; num. 153.

Intelligitur ſecundò, niſi pater filio ante mortem juſsiſſet, vt adiret; num. 154. *Vel niſi ipſe pater adeat, quando filius eſt in vltimo vitæ articulo, quando jam eſt incapax adeundi, ſed licèt hoc aliquibus probatur, meritò tamen ab alijs rejicitur; num.* 155.

Intelligitur tertiò juxta aliquos DD. niſi filius eſſet inſtitutus ab aliquo aſcendente, vt à matre, vel auo. Sed hæc limitatio non placet; num. 156.

Prædicta reſolutio principalis procedit, etiamſi filius fuiſſet inſtitutus contemplatione patris, licèt contrarium ſentiat Trentacinq. num. 157.

Legatum relictum filio contemplatione patris, poteſt capi à patre abſque vllo facto filij: ſecus autem hæreditas filio relicta contemplatione patris: & cur? num. 158.

SExta quæſtio eſt, vtrum mortuo inſtituto ante aditam hæreditatem, poſſit ejus pater illam adire, excluſo ſubſtituto? Reſpondetur negatiuè, niſi inſtitutus fuerit infans, & ſit mortuus in infantia, ſeu ante ſeptennium. Sic Barth. *in l.* 1. *num.* 23. *ff. de Vulgari*, & ibidem Alex. Jaſ. Ripa, Socin. & alij Bald. *in l. fin. num.* 11. *Cod. de Bon. quæ liber.* vbi etiam Cynus Paul. Caſtr. Corneus *num.* 5. & alij communiter, idem Baldus *in l. Si infanti, Cod. de Iure deliber.* Imola *in l. Si pater, ff. de Hæred. inſtit.* Roman. Barth. & Alex. *in d. l. Is, qui hæres, in fine, ff. de Acquir. hæred.* Polit. *de Subſtit. tit. de Subſtit. Vulgari, partic.* 3. *num.* 3. & Trentacinq. *de Subſtit p.* 1. *cap.* 6. *num.* 19. eſtque communiſsima ſententia. Probatur primò argum. ab ſpeciali per *d. l. Si infanti*, vbi ſpecialiter conceditur, vt mortuo infante ante aditam hæreditatem ei delatam, ſuccedat ejus pater: quo apertè ſupponitur, ſecùs eſſe in mortuo poſt infantiam. Secundò, quia ſi pater poſſet adire, eſſet ex perſona filij vtendo jure illius: hoc autem non ſtat poſt mortem filij: nam extincto filio, extinguitur etiam illius jus, & ſic jam pater eo vti non poteſt eſt enim jus adeundi valde perſonale, & non tranſmittitur ad alios, niſi in certis caſibus in jure expreſsis, *l. vnica, §. In nouiſsimo, Cod. de Caduc. toll. cum ſimil.* Tertio denique, quia licèt *in l. fin. Cod de Bon. quæ liber.* pater admittatur ad hæreditatem à filio repudiatam; id intelligitur conſtitutum in vtilitatem filij, qui patre adeunte quodammodo fit hæres, ſeu dominus hæreditatis per patrem acquiſitæ, *l. Licèt, §. Patronos, ff. de Verbor ſignif. §. Sui, Inſt. de Hæred. qualit. & diff.* ipſumque jus præſumit, quòd pater adeundo hæreditatem bonum conſilium ceperit pro filio, *l. Si filius, Cod. de Patria poteſt.* Hæc autem ratio ceſſat, quando filius ante aditam hæreditatem moritur: & ſic in tali caſu locum non habet diſpoſitio *d. l. fin.* 152

Intellige verò hanc reſolutionem primò, niſi filius ſciens delatam ſibi eſſe hæ- 153

reditatem moriatur intra annum poſt obitum teſtatoris. Nam in hoc caſu tranſmittit ad patrem jus deliberandi, & adeundi quod ipſi cōpetebat, *l. Cùm in antiquioribus, Cod. de Iure deliber.* Trentac. *d. cap. 6. num. 20.*

154 Intellige ſecundò, niſi pater filio ante mortem juſſiſſet vt adiret. Tunc enim, illo mortuo, pater adire poſſet, per beneficium *d. l. fin. Cod. de Bon. quæ liber.* vt ibi tenet Bald. *num. 11. in princip.* quem ſequuntur Caſtr. & Fulgoſus *ibid.* Socin. jun. *in d. l. 1. num. 28. verſ. Sextò limita, ff. de Vulgari,* & alij; nam filius non adeundo poſt juſſum patris cenſetur repudiare, argum. *l. Recuſari, 94. ff. de Acquir. hæred.* & ſic in caſu propoſito locum fecit diſpoſitioni *d. l. fin.* paterque ante illius mortem jus acquiſiuit adeundi hæreditatem, perinde ac ſi à principio eſſet inſtitutus, juxta eandem *l. fin. §. Similique modo,* quo jure etiam poſt mortem filij vti poteſt, nam poſtquam illi ſemel eſt acquiſitum, non pendet deinceps à perſona filij, argum. *l. Si poſt mortem, 10. in fine, ff. de Bonor. poſſeſ. contra tabul.*

155 Credit etiam Bald. *in d. l. fin. in princ. num. 18.* quem ſequitur Roman. *in l. Is qui hæres, §. Neque filius, ff. de Acquir. hæred.* quod non adita hæreditate per filium, poterit pater adire, quando filius fuerit in vltimo vitæ articulo, cùm jam eſt penè mortuus, & incapax adeundi: quòd tunc filius cenſeatur omnino excluſus, perinde ac ſi repudiaſſet, & ſic locum habeat diſpoſitio *d. l. finalis.* At contrarium tenent Fulgoſ. & Alex. *in d. §. Neque filius,* quos ſequitur Trentacinq. *d. cap. 6. num. 23.* & mihi etiam placet, quia ſi filius in illo articulo habeatur tanquam ſi repudiaſſet, & repudiatio eſt tacita, in qua *d. l. fin.* non procedit, vt ex ſupradictis conſtat. Et ſi dicamus, in illa etiam procedere, ſequitur quòd nunquam pater per mortem filij excluditur, nam ſemper in vltimo vitæ articulo redditur filius impotens ad hæreditatem adeundam: & ſi per hoc cenſetur repudiare in terminis *d. l. fin.* ſtatim pater acquirit jus adeundi, quo etiam poſt mortem filij, vti poterit, vt nuper probauimus: conſequens autem eſt contra præfatam communem ſententiam.

156 Intellige prætereà tertiò cum nonnullis DD. niſi filius eſſet inſtitutus ab aliquo aſcendente, vt à matre, vel auo; quod tunc filio mortuo antequam adiret, facultas adeundi tranſmittatur ad patrem jure ſanguinis ex beneficio *l. vnicæ, Cod. de His qui ante apertas tab.* At hæc limitatio non ſtat in longè veriori, & communiori ſententia, quæ tenet hæreditatem aſcendentium deſcendenti delatam non tranſmitti ex jure ſanguinis, ſeu ex beneficio *d. l. vnicæ* ad alios aſcendentes, ſed tantùm ad deſcendentes inſtituti, de quibus tantùm *in d. l.* fit mentio; qua de re alibi ex profeſſo agendum, & ita pro præſenti caſu docet relatis alijs Trentacinq. *d. cap. 6. ſub num. 21.* qui etiam *num. 24.* rejicit quandam aliam limitationem, quam ponit Angel. *in l. Si quis mihi bona, §. Iuſſum, ff. de Acquir. hæred.* vbi ait, quòd quando pater fuiſſet relegatus tempore mortis filij, & propterea non potuiſſet conſentire filio volenti adire, reſtituitur poſt mortem filij, & ſubſtitutus excluditur.

157 Tandem idem Trentacinq. *ſupra, numer. 25.* prædictam communem ſententiam limitat, vt non procedat quando filius fuit inſtitutus cont emplatione patris, quòd tunc videatur hæreditas directè conferri ipſi patri, atque adeo quod is ex propria perſona illam poteſt adire, independenter à perſona filij, quod probat per *l. Filiofamil. ff. de Condit. & demonſtr. l. final. Cod. de Vſufruct.* & alias, dicitque ita tenere Bald. *in d. l. Filiofam.* Hæc tamen limitatio nulla ratione admittenda eſt, quia ſpectato jure antiquo hæreditas delata filiofamil. non acquirebatur, niſi ipſo filio eam adeunte poſt juſſum patris, vt conſtat per *l. Siquis mihi bona, §. Iuſſum, ff. de Acquir. hæred.* quod jus non fuit poſtea correctum quoad hæreditatem Profectitiam, qualis eſt hæc, de qua loquimur, ſed ſolùm quoad Aduentitiam, & Caſtrenſem, vt *ſupra, numer. 148.* cum receptiori ſententia tradi-

dimus, & quanuis concedamus, jus illud etiam quoad Profectitiam, fuiſſe correctum *in l.fin Cod de Bon. quæ liber.* vt tenet ipſe Trentacinq. poſt alios, quos ſupra citauimus *num.* 151. In hac etiam opinione non poteſt pater adire vllam hæreditatem filio delatam, niſi ipſo filio eam expreſsè repudiante, vt conſtat ex dictis §. *præcedenti, num.* 144. *cum ſeqq.* Neque *d.l.fin.* quæ id concedit, extenditur ad caſum, quo filius mortuus eſt antequam adiret; alioqui penitus euerteretur præfata communis ſententia, de qua tantùm limitandâ hic agimus.

158 Neque obſtant leges, quas Trentac. pro ſe allegat; quia vel non ſunt ad rem, vel ſolùm agunt de legatis, vt *d. l. Filiofamil.* in qua habetur, quòd legatum relictum filiofamil. ſub commemoratione patriæ poteſtatis, vel ſeruo ſub commemoratione poteſtatis dominicæ, videtur relictum ipſi patri, vel domino, & hi per ſe rectâ viâ illud capiant. Ex quo textu fatemur, quòd legatum relictum filio cõtemplatione patris, poteſt capi à patre abſque facto, & acceptatione filij; at in hæreditate id admitti non poteſt: & diuerſa ratio eſt, quia legato ex ſuâ natura non repugnat quod acquiratur abſque vllo facto legatarij, cùm etiam ignoranti acquiri poſsit *l. Cùm pater,* 79. *§. Suide, ff. de Leg.* 2. Gloſ. *in l. Legatum ita,* 82. *verb. Vt hæreditas, ff. eod.* & omnes; hæreditas autem vt acquiratur indiget aditione, ſeu acceptatione, *l. Cùm hæredes, ff. de Acquir. hæred. cum ſimil.* opuſq; eſt vt aditio fiat per inſtitutum, etiam ſi is non poſsit ſibi acquirere, ſed alteri, cujus contemplatione inſtitutus ſit, vt probat text. *in l penult. Cod. de Iure delibe. cum ſimil.* non negamus tamen, quòd quando inſtitutus eſt hæres Suus, vel neceſſarius, tunc ipſo jure illi acquiritur hæreditas, & ſic abque aditione. Sed hic caſus eſt ſpecialis, nec ad præſentem quæſtionem ſpectat. Denique Bald. *in d. l. Filiofamil.* loquitur in diuerſo caſu, & ſic non bene pro prædicta limitatione adducitur.

(?)

§. 10. *Vtrum monacho inſtituto recuſante adire hæreditatem, vel mortuo ante illam aditam, poſsit adire monaſterium; an fiat locus ſubſtituto?*

SUMMARIUM.

Monacho inſtituto adire recuſante, admittitur ejus monaſterium, ſi eſt capax ſuccedendi; numer. 159. *& ſeqq.*

Monachus reſpectu ſui monaſterij æquiparatur filiofamil. num. 160. *Vtrum in modo acquirendi monaſterio æquiparetur potiùs ſeruo, quàm filiofamil. num.* 161. *& ſeq.*

Quando monachus eſt inſtitutus, hæreditas defertur immediatè monaſterio, & hoc illam poteſt adire, & acquirere abſque vllo facto monachi; num. 163. *& ſeqq.*

Monachus ratione voti obedientiæ, ita eſt ſub poteſtate Religionis ſicut pupillus ſub tutore: & quomodo id procedat? num. 165.

Monachus inſtitutus adire recuſans poteſt à monaſterio cogi, vt adeat; idque erit vtile, licèt ipſum monaſterium, ſeu ejus Prælatus, per ſe adire poſsit; numer. 166.

Si teſtator ſufficienter declaret, ſe velle admitti ſubſtitutum in caſu, quo monachus inſtitutus ſponte ſua non adeat, non poterit monaſterium acquirere hæreditatem, & excludere ſubſtitutum, niſi præuia aditione ſpontanea ipſius monachi; num. 167.

Vtrum monacho inſtituto mortuo poſt delatam, nondum tamen aditam hæreditatem, poſsit monaſterium illam adire, an potiùs admittendus ſit ſubſtitutus? Prima ſententia negat poſſe monaſterium adire; num. 168. *& ſeq. Secunda verò affirmat, & hæc cenſetur probabilior; num.* 170. *& ſeqq.*

Monacho inſtituto tranſeunte ad aliud monaſterium poſt delatam hæreditatem, nondum tamen aditam, competit jus

jus adeundi priori monaſterio; numer 171.

Tutor non poteſt adire hæreditatem delatam pupillo infanti; ſi is ante eam aditam moriatur: monaſterium autem adire poteſt hæreditatem relictam monacho, etiamſi iſte ante illius aditionem mortuus ſit, & aſsignatur diſpar ratio; num. 173.

Sententia negans, poſſe monaſterium adire hæreditatem relictam monacho, qui ante eam aditam mortuus eſt, fallit primò in hæreditate paterna, & vtrum id procedat, quando tali monacho datus eſt ſubſtitutus Vulgaris? num. 174.

Filiusfamiliâs factus monachus conſeruat jus Suitatis; & hoc in monaſterium transfertur; ibid.

Fallit ſecundò prædicta ſententia negãs, quando monacho fuit delata hæreditas alicujus aſcendentis; num. 175. *At hæc fallentia non habet ſolidum fundamentum; num.* 176.

Quando monaſterium habeatur loco filij? ibid.

Fallit tertiò quando monachus ſcivit delatam ſibi eſſe hæreditatem, & ante aditionem obijt nondum elapſo anno, qui ad deliberandum conceditur; numer. 177.

Fallit vltimò, quando monachus malitioſe neglexiſſet adire. At fundamentum hujus fallentiæ non probatur; numer. 178.

Vtrum retentâ prædictâ ſententiâ negante poſſe monachum adire, mortuo monacho ante aditam hæreditatem, competat monaſterio reſtitutio aduerſus omiſsionem aditionis? num. 179.

159 SEptima quæſtio præcedentibus affinis eſt, ſi inſtitutus ſit monachus, cui, ſi hæres non foret, teſtator dedit ſubſtitutum, an illo repudiante, ſeu recuſante adire, admittatur ſubſtitutus, vel potiùs monaſterium, ſi aliàs ſit capax ſuccedendi? Tractat latiſsimè hanc quæſtionem cum ſuis annexis Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 7. & poſt eum Sanch. *tom* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 12. 1 *num.* 35 at breuiter nos ab illa expediemus. Reſolutiuè igitur dicendum, quòd in caſu propoſito ſuccedit monaſterium, & ſubſtitutus excluditur. Ita Barthol. *in l.* 1. *num.* 21. & 22. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 23. Jaſ. *num.* 43. Ripa *num.* 150. *& ſeqq.* Alciat *num.* 24 *& ſeqq.* alijque ibidem, Bald. *in l.* 1, *Cod. Qui admitti*, Salicet. *in l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. inſtit.* Barth. Socin. *in l. Filiofamil. num.* 5. *ff. de Condit. & demonſtr.* Caſtr. *in l. Ex repudiatione, num.* 2. *Cod. de Fideicommiſ.* Roman. *in l. Is qui hæres, §. Neque filius, num.* 11. *ff. de Acquir. hæred.* Polit. *de Subſtit. tit. de Subſtit. Vulgari. partic.* 3. *num.* 50. qui tamen ſolùm id admittit, quando monachus fuit inſtitutus contẽplatione monaſterij, Zazius *de Subſtit. cap.* 1. *num.* 10. Bald. de Vbald. *de Subſtitut. rubr. de Subſtit. Vulgari: num.* 14. Joan. de Andr. *cap. In præſentia, num.* 23. *de Probat.* & ibi Anton. *num.* 28. Anchar. *num.* 18. Bellamera *num.* 27. & alij. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si abſque liberis, vbi de Vulgari, num.* 81. *&* 86. *de Teſtam.* & quamplures alij quos citant & ſequuntur Trentacinq. *d. cap.* 7. *num.* 4. & Sanch. *d. cap.* 12. *num.* 40. eſtque communiſsima ſententia, à qua pauci recedunt, quos citat idem Sanch. *num.* 39. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 41. *numer.* 2.

Fundamentum, quo Bartholus, & cæteri ferè omnes hujus ſententiæ Authores ducuntur, eſt, quia ſi filiusfamil. habens patrem recuſet adire hæreditatem ſibi ab aliquo delatam, poteſt illam adire, & ſibi acquirere ejus pater, beneficio *l. fin. Cod. de Bon. quæ liber.* idque licèt filio datus ſit ſubſtitutus, quem pater excludit, eoquod filio repudiante vocatur pater acſi à principio eſſet inſtitutus, vt habetur eâdem *l. fin. §. Similique modo*; & propter alia fundamenta à nobis adducta §. 8. *num.* 137. Monachus autem reſpectu ſui monaſterij, æquiparatur filiofamiliâs, vt omnes fatentur. Igitur ſicut filio recuſante hæreditatem ſibi delatam, admittitur pater, excluſo ſubſtituto, ita etiam recuſante monacho, admitti debet 160

mo-

monaſterium.

161 Quod ſi opponas cum Authoribus cōtrariæ ſententiæ, monachum in modo acquirendi potiùs æquiparari ſeruo, quàm filio, nam filius non in omnibus acquirit patri, ſiquidem in Caſtrenſibus, & quaſi Caſtrenſibus totum ſibi acquirit, & in Aduentitijs, ſolum vſumfructum acquirit patri, monachus autem quidquid acquirit totum monaſterio acquirit, ſicut ſeruus totum acquirit domino; ac proinde quemadmodum ſeruo inſtituto nolente adire, non admittitur dominus, ſed. fit. locus ſubſtituto, *d. l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. inſtit.* ita pariter monacho adire nolente, non monaſterium, ſed ſubſtitutum admitti. Reſpondetur, monachum neque filio, neque ſeruo æquiparari in omnibus; ſed ſolùm quatenus eſt vtilius monaſterio, vt eſt frequentiſsima DD. ſententia, quam relatis pluribus tradunt Trentacinq. *d. cap. 7. num. 3. fine*, & Sanch. *d. num.* 40. monachum namque nunc filio, nunc ſeruo æquiparari inductum eſt in fauorem monaſterij, & ideo ea æquiparatio capienda eſt, quæ monaſterio fuerit vtilior, ne quod in ejus fauorem inductum eſt, vertatur in damnum, contra regulam *l. Quod fauore, Cod. de Legib. & cap. Quod ob gratiam, de Regul. jur. in* 6. Igitur cùm in caſu propoſito vtilius ſit monaſterio, quòd monachus nolens adire æquiparetur filio, id tenendum eſt, & conſequenter poterit tunc monaſterium adire, & capere hæreditatem, ſubſtituto excluſo.

162 Cæterùm hoc fundamentum mihi nō videtur ſolidum, neque adæquatum. Non ſolidum, quia quòd in eo aſſumitur, non debere monachum in præſenti caſu æquiparari ſeruo, ſed filio, licèt aliàs in modo acquirendi æquiparetur ſeruo, qui ſoli domino acquirit, non videtur verum: nam ſi monaſterium ſentit, & amplectitur commodum comparationis monachi cum ſeruo, ſentire etiam debet incommodum: cùm regulare ſit, vt qui ſentit commodum, debeat quoque ſentire incommodum, argum. *l. fin. §. penult. Cod. de Furtis, l. vnicæ, §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. tol. l. Secundum naturam, ff. de Regul. jur.* præſertim quando (vt in præſenti) commodum, & incommodum reſpicit eandem rem, & circa illam verſatur, Stephan. Gratian. *tom. 5. Diſcept. forenſ. cap.* 916. *num.* 35. Non adæquatum, quia etiam admiſſo, quòd monachus in præſenti caſu debeat æquiparari filio, quatenus eo repudiante admittitur pater, excluſo ſubſtituto, hinc non ſequitur quòd monaſterium admitti debeat, repudiante monacho, niſi quando monachus fuiſſet inſtitutus gratiâ, & contemplatione ſui, vt quia erat amicus teſtatoris, qui ea ratione illi gratificari voluit: ſecus autem ſi fuiſſet inſtitutus contemplatione monaſterij, nam etiam filio repudiante, pater ejus non admittitur, ſi ille fuit inſtitutus contemplatione patris, vt multis relatis DD. tradidimus, & magis probauimus *§.* 8. *num.* 148. *cum ſeqq.* licèt aliqui contrarium ſentiant, quos citauimus *num.* 151.

Optimū igitur, & magis ſolidum fundamentum traditæ communis ſententiæ eſt, 163 quia quando monachus eſt inſtitutus, hæreditas defertur immediatè monaſterio, & hoc illam poteſt adire, & ſibi acquirere abſque vllo facto monachi, vt tenent communiter juris Canonici profeſſores, Innocent. *cap. In præſentia, num. 7. de Probation.* & ibi Hoſtienſ. *num.* 11. Joan. Andr. *num.* 23. Anton. *num.* 28. & Panor. *num.* 76. Beroius *in cap. Raynutius, num.* 384. *&* 391. *de Teſtam.* vbi etiam Guilliel. Bened. *verb. Si abſque liberis, 2. tit. de Vulgari ſubſtitutione, num.* 81. Couar. *in cap. 1. num. 21. de Teſtam.* & alij: quibus ex juris Cæſarei DD. accedunt Imola *in l. Si paterfamil. ff. de Hæred. inſtit.* Caſtr. *in l. Legatum, ff. de Leg.* 1. Alex. *in l. 1. num. 21. cum ſeq. ff. de Vulgari*, & ibi Aleiat *num.* 52. Cynus, & Bald. *in l. Deo nobis, Cod. de Epiſc. & cleric.* Idem Bald. *in l. Filiofamil.* 42. *ff. de Condit. & demonſtr.* Angel. *in l. Papinianus, in princip ff. de Inoffic. teſtam. & §. Alienus, 2. num. 6. & ſeqq. Inſt. de Hæred. inſtit.* Barbat. *conſ.* 19. *col. pen. verſ. Sed ipſe, volum.* 3. Spino *in Speculo teſtam.*

teſtam. Gloſ. 12. principali, num. 17. *& ſeqq.* Tapia *in Auth. Ingreſſi, verſ. Ipſo ingreſſu, in princip. num* 94. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Menchaca *de Succeſſ. creat. lib.* 3. §. 21. *num.* 251. & multi alij quos citat, & ſequitur Sanch. *d. cap.* 12. *num.* 36. ſequitur etiam ex Theologis Molin. *tom.* 1. *diſp.* 140. *col.* 8. *verſ. Non ſolùm bona*, Emman. Rodrig. *qq. Regular. tom.* 2. *q.* 77. *art.* 1. & Graffis 2. *p deciſ. lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 74. licèt contrarium teneant plerique Legiſtarum, vt affirmat relatis pluribus Sanch. *ſupra, num.* 35. & eos ſequens Trentacinq. *d. cap.* 7. *ſub num.* 2. *verſ. Vnde cum, & verſ. Ex prædictis.*

Quam reſolutionem, ſeu dicendi mo-
164 dum probo, ac declaro hac ratione; quia ei cenſetur hæreditas immediatè delata, cui virtute inſtitutionis illa poteſt immediatè acquiri, vt ex ipſis terminis patet: inſtituto autem monacho, ſoli ejus monaſterio poteſt hæreditas immediatè acquiri virtute talis inſtitutionis: non enim poteſt acquiri monacho, & mediante illo, ipſi monaſterio, cùm ille ratione profeſsionis redditus ſit incapax, cui aliquid acquiratur, & ſolùm poſsit acquirere Religioni, in quam per traditionem, qua ſe illi in profeſsione tradidit, omnia ejus jura tranſlata ſunt, vt exemplo ſerui, ſeu ejus qui in ſeruitutem traditus eſt, bene declarat Soar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 6. *cap.* 2. *num.* 8. Nec dici poteſt, quòd ſaltem vt hæreditas acquiratur Religioni, ſeu monaſterio, neceſſaria eſt voluntas, ſeu aditio ipſius monachi, ſicut inſtituto ſeruo, neceſſaria eſt ejus voluntas, vt hæreditas acquiratur domino, *l. Seruo inuito, in princip. ff. Ad Trebel. l. Cùm proponas, Cod de Hæred. inſtit.* Hoc, inquam, non poteſt dici; nam per profeſsionem non ſolùm renuntiauit monachus omnibus ſuis juribus, eaque in Religionem traſtulit, ſi illa erat capax ſuccedendi, ſed etiam renuntiauit propriæ voluntati, eamque Prælatis Religionis perfectè ſubdidit, ita vt deinceps jam non habeat velle, neque nolle *cap. Non dicatis,* 12. *q.* 1. *cap Si Religioſus, de Electione, lib.* 6. Quãdo autẽ inſtitutus caret voluntate, poteſt adire, qui illum habet in poteſtate, vt quando eſt infans, in quo caſu pater illius adire poteſt, *l. Si infanti,* 18. *Cod. de Iure deliber.* Et quidem, quod monachus, quia non habet velle, neque nolle, comparari debeat infanti quoad præſentem effectum, tenet expreſsè Menchaca *d.* §. 21. *ſub num.* 250. *verſ. Quid dicendum?*

Facit quòd tradit Soar. *tom.* 2. *de Re-* 165
lig. tract. de Voto, lib 6. *cap.* 7. *num.* 5. vbi dicit, quòd monachus ratione dictæ ſubjectionis, quam ex voto obedientiæ, & renuntiatione propriæ voluntatis habet reſpectu Prælati Religionis, eſt veluti pupillus ſub tutore: quæ comparatio ſolùm poteſt procedere reſpectu pupilli nullam habentis voluntatem, cujuſmodi eſt infans, ſeu minor ſeptennio. Nam qui ſeptennio eſt maior, non pendet in omnibus à tutore, neque dependentia, quam ab illo habet, conſiſtit in eo quod non habeat velle, aut nolle independens ab illius voluntate, ſed in eo quòd habeat voluntatem ſubordinatam judicio, & approbationi, ſeu auctoritati illius. Vnde non dicitur, quòd ad negotium pupilli ſit neceſſaria licentia tutoris, ſed auctoritas, quæ proinde negotio perfecto adhiberi poteſt, *l. Siquis mihi bona, §. Iuſſum, ff. de Acquir. hæred.* At verò monachus in omnibus pendet a Prælato, cui vice Dei ſe ſubjecit, eaque dependentia conſiſtit in perfecta ſubordinatione reſpectu voluntatis Prælati, ita vt nulla propria voluntas ei ſuperſit, & ideo rectè quoad rem præſentem comparatur pupillo infanti, cujus tutor ſe ſolo poteſt adire hæreditatem ei delatam, *d. l. Si infanti* Gloſ. *in l. Potuit,* 5. *verb. Neſciente, Cod. de Iure deliber. & in l. Pupillus ſi fari, argum. illius text. ff. de Acquir. hæred.*

Aduertit autem optimè relatis alijs 165
Sanch. *d. cap.* 12. *num.* 41. quòd ſiue hanc, ſiue contrariam ſententiam ſequamur, integrum eſt monaſterio cogere monachum inſtitutum, vt hæreditatem adeat, præcepto ac pœnis eum compellendo: neque iſta compulſio erit ſuperflua, etiamſi ſolus Prælatus monaſterij poſsit adire, juxta ſupra dicta; quia cùm multi DD. teneant,

monaſterium.

161 Quod ſi opponas cum Authoribus cõtrariæ ſententiæ, monachum in modo acquirendi potiùs æquiparari ſeruo, quàm filio, nam filius non in omnibus acquirit patri, ſiquidem in Caſtrenſibus, & quaſi Caſtrenſibus totum ſibi acquirit,& in Aduentitijs,ſolum vſumfructum acquirit patri, monachus autem quidquid acquirit totum monaſterio acquirit, ſicut ſeruus totum acquirit domino;ac proinde quemadmodum ſeruo inſtituto nolente adire, non admittitur dominus, ſed. fit locus ſubſtituto, *d.l.Cùm proponas,Cod. de Hæred. inſtit*: ita pariter monacho adire nolente, non monaſterium, ſed ſubſtitutum admitti. Reſpondetur, monachum neque filio, neque ſeruo æquiparari in omnibus;ſed ſolùm quatenus eſt vtilius monaſterio, vt eſt frequentiſsima DD. ſententia, quam relatis pluribus tradunt Trentacinq. *d.cap.7. num.3.fine*, & Sanch. *d. num.*40. monachum namque nunc filio, nunc ſeruo æquiparari inductum eſt in fauorem monaſterij, & ideo ea æquiparatio capienda eſt, quæ monaſterio fuerit vtilior, ne quod in ejus fauorem inductum eſt, vertatur in damnum, contra regulam *l.Quod fauore, Cod. de Legib.& cap. Quod ob gratiam, de Regul. jur. in 6*. Igitur cùm in caſu propoſito vtilius ſit monaſterio,quòd monachus nolens adire æquiparetur filio, id tenendum eſt, & conſequenter poterit tunc monaſterium adire, & capere hæreditatem, ſubſtituto excluſo.

162 Cæterùm hoc fundamentum mihi nõ videtur ſolidum,neque adæquatum.Non ſolidum, quia quòd in eo aſſumitur, non debere monachum in præſenti caſu æquiparari ſeruo, ſed filio, licèt aliàs in modo acquirendi æquiparetur ſeruo, qui ſoli domino acquirit, non videtur verum: nam ſi monaſterium ſentit, & amplectitur commodum comparationis monachi cum ſeruo, ſentire etiam debet incommodum: cùm regulare ſit, vt qui ſentit commodum, debeat quoque ſentire incommodum, argum. *l.fin. §.penult. Cod. de Furtis, l. vnicæ, §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. tol. l. Secundum naturam,ff. de Regul. jur.* præſertim quando (vt in præſenti) commodum, & incommodum reſpicit eandem rem, & circa illam verſatur, Stephan. Gratian. *tom. 5. Diſcept. forenſ. cap.* 916. *num.* 35. Non adæquatum, quia etiam admiſſo, quòd monachus in præſenti caſu debeat æquiparari filio, quatenus eo repudiante admittitur pater, excluſo ſubſtituto, hinc non ſequitur quòd monaſterium admitti debeat, repudiante monacho, niſi quando monachus fuiſſet inſtitutus gratiâ,& contemplatione ſui, vt quia erat amicus teſtatoris, qui ea ratione illi gratificari voluit: ſecus autem ſi fuiſſet inſtitutus contemplatione monaſterij, nam etiam filio repudiante, pater ejus non admittitur, ſi ille fuit inſtitutus contemplatione patris, vt multis relatis DD. tradidimus, & magis probauimus §. 8. *num.* 148. *cum ſeqq.* licèt aliqui contrarium ſentiant, quos citauimus *num.*151.

163 Optimũ igitur, & magis ſolidum fundamentum traditæ communis ſententiæ eſt, quia quando monachus eſt inſtitutus, hæreditas defertur immediatè monaſterio, & hoc illam poteſt adire, & ſibi acquirere abſque vllo facto monachi, vt tenent communiter juris Canonici profeſſores, Innocent. *cap. In præſentia, num. 7. de Probation.* & ibi Hoſtienſ. *num.* 11. Joan. Andr. *num.* 23. Anton. *num.* 28. & Panor. *num.* 76. Beroius *in cap. Roynutius, num.*384. *&* 391. *de Teſtam.* vbi etiam Guilliel. Bened. *verb. Si abſque liberis, 2. tit. de Vulgari ſubſtitutione, num.* 81. Couar. *in cap.* 1. *num.* 21. *de Teſtam.* & alij:quibus ex juris Cæſarei DD. accedunt Imola *in l. Si paterfamil. ff. de Hæred. inſtit.* Caſtr. *in l. Legatum, ff. de Leg.*1. Alex. *in l.*1.*num.*21.*cum ſeq. ff. de Vulgari*, & ibi Alciat *num.* 52. Cynus, & Bald. *in l. Deo nobis, Cod. de Epiſc. & cleric.* Idem Bald. *in l. Filiofamil.* 42. *ff. de Condit. & demonſtr.* Angel. *in l.Papinianus,in princip ff. de Inoffic. teſtam.& §. Alienus, 2. num. 6. & ſeqq. Inſt. de Hæred. inſtit.* Barbat. *conſ.* 19. *col. pen. verſ. Sed ipſe, volum.* 3. Spino *in Speculo*

teſtam.

teſtam. Gloſ. 12. *principali, num.* 17. *&*
ſeqq. Tapia *in Auth. Ingreſsi, verſ. Ipſo*
ingreſſu, in princip. num 94. *Cod. de Sa-*
croſ. Eccleſ. Menchaca *de Succeſs. creat.*
lib. 3. §. 21. *num.* 251. & multi alij quos
citat, & ſequitur Sanch. *d. cap.* 12. *num.*
36. ſequitur etiam ex Theologis Molin.
tom. 1. *diſp.* 140. *col.* 8. *verſ. Non ſolùm bo-*
na, Emman. Rodrig. *qq. Regular. tom.* 2.
q 77. *art.* 1. & Graffis 2. *p decíſ. lib.* 3. *cap.*
19. *num.* 74. licèt contrarium teneant
plerique Legiſtarum, vt affirmat relatis
pluribus Sanch. *ſupra, num.* 35. & eos ſe-
quens Trentacinq. *d. cap.* 7. *ſub num.* 2.
verſ. Vnde cùm, & verſ. Ex prædictis.

Quam reſolutionem, ſeu dicendi mo-
164 dum probo, ac declaro hac ratione; quia
ei cenſetur hæreditas immediatè delata,
cui virtute inſtitutionis illa poteſt imme-
diatè acquiri, vt ex ipſis terminis patet:
inſtituto autem monacho, ſoli ejus mo-
naſterio poteſt hæreditas immediatè ac-
quiri virtute talis inſtitutionis: non enim
poteſt acquiri monacho, & mediante il-
lo, ipſi monaſterio, cùm ille ratione pro-
feſsionis redditus ſit incapax, cui aliquid
acquiratur, & ſolùm poſsit acquirere Re-
ligioni, in quam per traditionem, qua ſe
illi in profeſsione tradidit, omnia ejus ju-
ra tranſlata ſunt, vt exemplo ſerui, ſeu
ejus qui in ſeruitutem traditus eſt, bene
declarat Soar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 6. *cap.*
2. *num.* 8. Nec dici poteſt, quòd ſaltem
vt hæreditas acquiratur Religioni, ſeu
monaſterio, neceſſaria eſt voluntas, ſeu
aditio ipſius monachi, ſicut inſtituto ſer-
uo, neceſſaria eſt ejus voluntas, vt hære-
ditas acquiratur domino, *l. Seruo inuito,*
in princip. ff. Ad Trebel. l. Cùm propo-
nas, Cod de Hæred. inſtit. Hoc, inquam,
non poteſt dici; nam per profeſsionem
non ſolùm renuntiauit monachus omni-
bus ſuis juribus, eaque in Religionem
traſtulit, ſi illa erat capax ſuccedendi, ſed
etiam renuntiauit propriæ voluntati,
eamque Prælatis Religionis perfectè ſub-
didit, ita vt deinceps jam non habeat vel-
le, neque nolle *cap. Non dicatis,* 12. *q.* 1.
cap Si Religioſus, de Electione, lib. 6. Quã-
do autẽ inſtitutus caret voluntate, poteſt
adire, qui illum habet in poteſtate, vt
quando eſt infans, in quo caſu pater illius
adire poteſt, *l. Si infanti,* 18. *Cod. de Iu-*
re deliber. Et quidem, quod monachus,
quia non habet velle, neque nolle, com-
parari debeat infanti quoad præſentem
effectum, tenet expreſsè Menchaca *d.* §.
21. *ſub num.* 250. *verſ. Quid dicendum?*

Facit quòd tradit Soar. *tom.* 2. *de Re-* 165
lig. tract. de Voto, lib 6. *cap.* 7. *num.* 5. vbi
dicit, quòd monachus ratione dictæ ſub-
jectionis, quam ex voto obedientiæ, &
renuntiatione propriæ voluntatis habet
reſpectu Prælati Religionis, eſt veluti
pupillus ſub tutore: quæ comparatio ſo-
lùm poteſt procedere reſpectu pupilli
nullam habentis voluntatem, cujuſmodi
eſt infans, ſeu minor ſeptennio. Nam
qui ſeptennio eſt maior, non pendet in
omnibus à tutore, neque dependentia,
quam ab illo habet, conſiſtit in eo quod
non habeat velle, aut nolle independens
ab illius voluntate, ſed in eo quod habeat
voluntatem ſubordinatam judicio, & ap-
probationi, ſeu auctoritati illius. Vnde
non dicitur, quòd ad negotium pupilli
ſit neceſſaria licentia tutoris, ſed auctori-
tas, quæ proinde negotio perfecto adhi-
beri poteſt, *l. Siquis mihi bona, §. Iuſsum,*
ff. de Acquir. hæred. At verò monachus
in omnibus pendet a Prælato, cui vice
Dei ſe ſubjecit, eaque dependentia con-
ſiſtit in perfecta ſubordinatione reſpectu
voluntatis Prelati, ita vt nulla propria vo-
luntas ei ſuperſit; & ideo rectè quoad rem
præſentem comparatur pupillo infanti,
cujus tutor ſe ſolo poteſt adire hæredita-
tem ei delatam, *d. l. Si infanti* Gloſ. *in l.*
Potuit, 5. *verb. Neſciente, Cod. de Iure*
deliber. & in l. Pupillus ſi fari, argum.
illius text. ff. de Acquir. hæred.

Aduertit autem optimè relatis alijs 165
Sanch. *d. cap.* 12. *num.* 41. quòd ſiue hanc,
ſiue contrariam ſententiam ſequamur,
integrum eſt monaſterio cogere mona-
chum inſtitutum, vt hæreditatem adeat,
præcepto ac pœnis eum compellendo: ne-
que iſta compulſio erit ſuperflua, etiamſi
ſolus Prælatus monaſterij poſsit adire,
juxta ſupra dicta; quia cùm multi DD. te-
neant,

neant, & ſit probabile, neceſſariam eſſe aditionem monachi, vtiliſsimum erit, ſaltem ad vitandas lites, quod ille adeat, debetque talem aditionem præcedere juſſus, vel licentia Prælati: alioqui erit illicita, & nulla, vt probat idem Sanch. *numer.*37.

167 Illud etiam aduerto, prædictam ſententiam procedere, niſi teſtator ſufficienter declaraſſet, quòd monacho per ſe, ac ſponte ſua non adeunte, admitteretur ſubſtitutus, vt ſi dixiſſet: *Inſtituo talem monachum, & ſi ei non placuerit adire, deueniat ſtatim hæreditas ad Petrum, quem in tali caſu ſubſtituo:* tunc enim vbi monachus declarauerit, ſe nolle adire, monaſterium excluditur, & admittitur ſubſtitutus, cùm ea ſit teſtatoris voluntas, quæ maximè in ſubſtitutionibus attenditur, & ſeruanda eſt, *l. Iam hoc jure*, 4. *ff. de Vulgari.* Vnde neque in tali caſu poterit cogi à Prælato vt adeat; ſiquidem teſtator non aliter voluit, quòd poſſet acquiri hæreditas monaſterio, niſi mediante ſpontanea aditione monachi inſtituti.

168 Octaua quæſtio eſt, vtrum monacho inſtituto mortuo poſt delatam, nondum tamen aditam, hæreditatem, poſsit monaſterium illam adire, an potiùs admittatur ſubſtitutus? Multi ſentiunt monaſterium adire non poſſe, & ſic admittendum eſſe ſubſtitutum. Ita Barth. *in l. Is poteſt*, 24. *num.*13. *ff. Acquir. hæred. & in l.*1. *num.*23. *&* 24. vbi etiam Ripa *numer.*154. & Bartholom. Socin. *num.* 25. *ff. de Vulgari*, Cynus *in l. fin. num.* 8. *Cod. de Epiſc. & cleric.* & ibi Albeiic. *num.* 7. Fulgoſ. *ibid.* §. *Hoc etiam cognitum, num.*2 Salic. *eod.* §. *num.*3. Aretin. *cap. In præſentia, num.* 95. *de Probation.* Bellamera *ibid. num.*28. Trentacinq. plures referens *tract. de Subſtit p.*1. *cap.* 7. *num.*8. & alij quos citat Fuſar. *de Subſtitut. q.*44. *num.*1. vbi affirmat hanc eſſe communem ſententiam Legiſtarum, ideoque ſeruandam in foro ſæculari, licèt oppoſita in foro Canonico præferenda ſit. Vnde etiam Angel. *Inſt. de Vulgari, in princip. num.* 37. dicit hanc partem eſſe ſeruandam in terris Imperij, ſecùs in terris Eccleſiæ.

169 Ducuntur primò, quia monachus in modo acquirendi comparatur filio, vel ſeruo, vt DD. communiter admittunt: mortuo autem filio, vel ſeruo inſtituto ante aditam hæreditatem, non poteſt pater, vel dominus eam adire, vt de patre oſtenſum eſt §. *præced.* cum communi ſententia, & de domino conſtat per *l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. inſtit.* patetque ſatis ex dictis §. 7. *per totum.* Secundò, quia inſtituto monacho non poteſt monaſterium adire, niſi nomine, & ex perſona ipſius monachi: per mortem autem extinguitur talis perſona: ergo & facultas adeundi, quæ ex illa competebat monaſterio, nam ſublatâ cauſâ tollitur neceſſariò effectus. Tertiò denique probari poteſt hæc ſententia ex eo, quod ſupra, *num.*165. ſtatuimus, monachum æquiparari pupillo infanti ſub tutore. Nam licèt tali pupillo inſtituto poſsit tutor ejus nomine adire hæreditatem ei delatam; attamen hæc facultas ceſſat, ſi pupillus ante aditam hæreditatem moriatur, *l. Si infanti, Cod. de Iure deliber.* idque ea ratione, quòd ſublatâ perſonâ, cujus nomine tutor poterat adire, ipſa etiam facultas adeundi pereat neceſſe eſt. Hæc verò ſententia in aliquibus caſibus à ſuis Authoribus limitatur, quos infra *à num.*174. commodiùs tradémus.

170 Contrariam ſententiam tenent communiter Canoniſtæ, & multi etiam ex Legiſtis, eaque nobis videtur probabilior, ſcilicet, in propoſito euentu poſſe monaſterium adire. Ita Joan. Andr. *cap In præſentia, num.*23. *de Probat.* & ibi Anton. *num.* 28. Panorm, *num.*77. Beroius *num.* 559. Anchar. *num.*18. Felin. *num.* 57. *q.* 10. idem Beroius *in cap. Raynutius, num.* 391. *de Teſtam.* & ibi Guilliel. Bened. *verb. Si abſque liberis moreretur*, 2. *vbi de Vulgari, num.*91. Couar. *in cap.*1. *numer.*21. *de Teſtament.* Bald. *in l. Filiofamil.* 42. *ff. de Condit. & demonſtr.* Alex. *in l.*1. *num.*26. *ff. de Vulgari*, & ibi Alciat. *num.* 95. & Imola *num.*6. Rolandin. *de Teſtam. rubr.* 23. *num.* 19. *ad fin.* (*habetur tom.* 8. *tractatuum Nouæ collect.*

1. *p.*

1.p.in princ.) Angel. de Gambilion *tract. de Teſtam. Gloſ.* 84. *num.* 7. (habetur eod. tom.) Tapia *in Auth. Ingreſſi, verb. Ipſo ingreſſu, in princ. num.* 96. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Spino *Specu. de Teſtam. Gloſ.* 12. *principali, num.* 17. *& ſeqq.* Menchaca, *de Succeſſion. creat. lib* 3 §. 21. *num.* 251. & multi alij etiam ex Legiſtis, quos refert eos ſequens Sanch, *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 12. *num.* 47. Idem ex Theologis tenent Molina *tom.* 1. *diſp.* 149. *col.* 8. *verſ. Non ſolum bona,* Emman. Rodrig. *qq. Regular. tom.* 2 *q.* 77. *art.* 1. & Leſſius *lib* 2. *de Iuſt cap.* 41. *dub.* 11. *num.* 87.

171 Probatur facilè ex dictis *num.* 163. *& ſeq.* vbi cum multis DD. probauimus, quòd inſtituto monacho, hæreditas defertur immediatè monaſterio, ſi eſt capax ſuccedendi, eique & non monacho competit jus adeundi: hinc enim planè ſequitur, quòd etiam mortuo monacho, poteſt monaſterium adire; ſiquidem vbi hæreditas fuit delata, acquiſiuit jus adeundi, quòd per mortem monachi non extinguitur; nam poſtquam ſemel eſt acquiſitum non pendet ampliùs à perſona monachi, arg. *l. Si poſt mortem,* 10, *in fine, ff. de Bon. poſſeſ. contra tab.* Vnde notat bene Couar. *d. num.* 21. quod tranſeunte monacho inſtituto ad aliud monaſteriū poſt delatam hæreditatem, antequam eſſet adita, competit jus adeundi priori monaſterio, non verò illi, in quod monachus tranſiuit. Addo præterea, quòd etiam in opinione, quæ tenet, hæreditatem deferri immediatè ipſi monacho inſtituto, poteſt monaſterium illam adire poſt mortem monachi, argum. *d. l. Si infanti*; vbi ſi infanti deferatur hæreditas, & ille ante aditionem in infantia moriatur, patre ſuperſtite, poteſt pater adire, & ſibi acquirere hæreditatem. Cùm enim monachus æquiparetur filio, & hæc comparatio maximè procedat reſpectu filij infantis, vt conſtat ex dictis *num.* 164. *& ſeq.* bene per illam legem probatur, quòd etiam monacho mortuo poſt delatam hæreditatem, poteſt monaſterium adire, & ita in ſpecie concludit Menchaca *d. §.* 21. *ſub n.* 250. *verſ. Quid dicēdū, & n.* 251. *in princ.*

Quæ reſolutio non ſolùm procedit, 172
quando non eſt datus ſubſtitutus, ſed etiam illo ſtante, vt declarat Sanch. *d. n.* 47. Et ratio eſt, quia ſubſtitutus non admittitur, quamdiu durat jus primi inſtituti, *l. Quamdiu,* 3 *ff. de Acquir. hæred.* jus autem primi inſtituti in præſenti caſu durat, & permanet in monaſterio, in quod omnia jura monachi tranſlata ſunt, vt ex dictis conſtat: ergo etiam ſtante ſubſtituto, poteſt monaſterium adire, & ſubſtitutum excludere. Confirmatur, nam in caſibus in quibus jus concedit tranſmiſſionē juris adeundi ad hæredes inſtituti, poſſunt hi adire poſt illius mortem, etiam ſtante ſubſtituto, vt latè cum communi tradidimus *ſupra,* §. 6. idque ob eam rationem, quia ſuppoſito beneficio tranſmiſſionis, jus primi inſtituti conſeruatur poſt ejus mortem in ejus hæredibus, & quamdiu illud durat non eſt locus ſubſtituto: eadē autē eſt ratio in præſēti caſu, vt ex dictis cōſtat.

173 Et hac ſententià retentà facillimo negotio diluuntur fundamenta Aduerſariorum *num.* 169. adducta. Ad primum reſpondet Sanch. *d. cap.* 12 *num.* 47. monachum in caſu præſenti neque filio neque ſeruo æquiparari quoad acquiſitionem; quod talis æquiparatio fuerit inducta in fauorem monaſterij, & conſequenter ſolùm habeat locum quando eſt vtilis monaſterio: in præſenti autem caſu eſſet damnoſa. Aliter tamen, & fortè meliùs reſponderi poteſt, juxta ſupradicta *num.* 171. *verſ. Addo præterea,* monachum in hoc caſu æquiparari filiofamil. infanti, & ſic, quemadmodum mortuo tali filio ante aditam hæreditatem ei delatam poteſt pater adire; ita etiam in noſtro caſu poteſt adire monaſterium. Ad ſecundum reſpondetur, licèt jus adeundi non competat monaſterio, niſi ratione perſonæ monachi inſtituti; attamen ſolùm pendere à tali perſona quoad acquiri, & vt ita dicam, in fieri, non autem in conſeruari; quia vbi hæreditas fuit delata, ſtatim jus illam adeundi fuit perfectè acquiſitum monaſterio, & non pendet ampliùs à perſona monachi: & ſic licèt per mortem talis perſona extinguatur,

tur, id non tollit quominus monaſterium adire poſsit, ſi hæreditas monacho viuente delata eſt. Ad tertium reſpondetur, monachum æquiparari pupillo infanti ſub tutore, quoad hoc vt non ſit neceſſaria ejus voluntas ad adeundam hæreditatem ei relictam; non autem debere illi æquiparari in caſu, de quo hic loquimur. Et ratio diuerſa eſt, quia tutor non adit jure proprio hæreditatem delatam pupillo, ſed tantùm jure ipſius pupilli, & ad eam illi acquirendam; quod non habet locum, niſi pupillo viuente: at verò monaſterium adit hæreditatem monacho relictam, non jure ipſius monachi, cũ is ſit incapax talis juris, ſed jure proprio, vtpote ſibi perfectè quæſito, aditque vt hæreditatem ſibi acquirat; ac proinde vt tali jure vti poſſit, non pendet à vita, & perſona monachi.

174 Retentâ etiam priori ſententiâ, aliqui ſunt caſus, in quibus illa à ſuis Authoribus limitatur. Primus eſt, quando agitur de hæreditate paterna, qua delata, nondum tamen aditâ, monachus mortuus eſt. Hanc enim tranſmitti ad monaſterium tenent Odofred. Jacob Butrigar & Paul. Caſtr. *in l. fin. §. Hoc etiam, Cod. de Epiſc. & cleric.* Socin. *in l. 1. ff. de Vulgari, num.* 25. & alij, quos citat & ſequitur Trentacinq. *de Subſtitut. cap. 7. num.* 13. Ducuntur, quia in monacho conſeruantur jura Suitatis, vt eſt communis ſententia, teſte Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 12. num.* 5. per text. *in d. l. fin.* vbi dicitur, perinde illum ſuccedere, ac ſi Religionem ingreſſus non fuiſſet: igitur ſicut hæres Suus ſæcularis tranſmittit hæreditatem paternam ad hæredes, ita regularis eam tranſmittit ad monaſterium: vel certè quemadmodum ſæcularis, vbi ejus pater moritur fit hæres, & dominus hæreditatis abſque aditione ex ſolo jure Suitatis; ita etiam vbi moritur pater monachi, acquirit monaſterium ejus hæreditatem ex jure Suitatis, quod in ipſum monaſterium cũ ipſo monacho tranſlatum eſt, ſicut & cætera illius jura, vt ex dictis conſtat, & in ſpecie bene declarat Sanch. *d. num.* 5. *& ſeqq.* Hoc tamen fundamentũ ſolùm probat efficaciter, pertinere ad monaſterium hæreditatem paternam delatam monacho, cui pater non dedit ſubſtitutum, eſto talis monachus ante aditionem moriatur. Si autem ei datus eſt ſubſtitutus, obſtat communior ſententia, quæ tenet per aditionem ſubſtituti vulgaris tolli Suitatem; vt vidimus *§. 6. num.* 108. Quæ ſententia non minùs procedit reſpectu hæredis regularis, quàm ſæcularis.

Alius caſus, (in quo præcedens ex alio fundamento continetur) eſt, quando monacho fuit delata hæreditas alicujus aſcendentis, ſiue talis aſcendens eſſet ejus pater, ſiue mater, ſiue auus, &c. Tunc enim tranſmitti hæreditatem ad monaſterium quaſi ex jure ſanguinis mortuo monacho ante aditionem, ſentiunt Barthol. *in l. 1. numer.* 24. *ff. de Vulgari*, & ibi Angel. Imola, & Socin. Cynus *in l. fin. numer.* 8. *Cod. de Epiſc. & cleric.* & ibi Alberic. *num.* 7. Fulgoſ. *§. Hoc etiam cognitum, num.* 2. Salicet. *eod. §. numer.* 3. Aretin. *cap. In præſentia, numer.* 92 *& ſeqq. de Probation.* & ibi Bellamera, *numer.* 28. Menchaca *de Succeſ. progreſſ. lib. 1. § 9. numer.* 9. & alij. Ducuntur, quia monaſterium habetur loco filij, & liberorum ipſius monachi, per text. *in d. cap. In præſentia, & text. cum Gloſ. in §. Sed hoc præſenti, Auth. de Sanct. Epiſc. & in Auth. Niſi rogati, Cod. Ad Trebel.* tenent plurimi DD. quos longa ſerie referunt Trentacinq. *vbi ſupra, numer.* 17. & Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap.* 16. *num.* 3. Conſtat autem quòd is, cui hæreditas aſcendentium delata eſt, ſi ante aditionem moriatur, jus eam adeundi tranſmittit ad ſuos filios, & deſcendentes, beneficio *l. vnicæ, Cod. de His qui ante aper. tab.* 175

At hic etiam caſus ſeu ejus fundamentum, parum habet firmitatis, præſertim ſtante ſubſtituto. Quia in primis multò verius eſt, monaſterium non haberi loco filij, vt expendendo prædictos textus probat optimè Sanch. *dict. cap.* 16. *n.* 4 & docent innumeri DD quos ibidem refert. Deinde eſto admittatur, monaſterium haberi loco filij, id non debet 176

ex-

extendi vltra caſum in dictis textibus expreſſum: in eis enim ſolùm deciditur, vt quando aliquis fuerit grauatus reſtituere bona alicui tertio, ſi abſque liberis decedat, & talis grauatus religionem fuerit ingreſſus, nullis filijs relictis, talia bona pertineant in perpetuum ad monaſterium, illo tertio fideicommiſſario penitus excluſo. Quod cùm ſit exorbitans à jure communi, non debet extendi ad alios caſus, ſed omnino ad illum expreſſum reſtringi; & ita plerique DD. tradunt, quos idem Sanch. refert, & ſequitur *loco cit. num.* 5. ac proinde in caſu, de quo hîc loquimur, non debet monaſterium haberi loco filij: denique ratio *d. l. vnicæ, Cod. de His qui ante aper. tab.* vbi conceditur dicta tranſmiſſio hæreditatis non aditæ ad deſcendentes, ſolùm procedit in veris deſcendentibus, non verò in fictis, & interpretatiuis, quale eſt monaſterium, & ita in ſpecie docet Trentacinq. *d. cap. 7. num.* 18. vbi concludit quod ſtante ſubſtituto, non debet admitti dicta tranſmiſsio ad monaſterium: additque hanc opinionem ſequendam eſſe in judicio tanquam communem, vt eam aliqui apud ipſum appellant.

177 Tertius caſus eſt, quando monachus ſciuit delatam ſibi eſſe hæreditatem, & ante aditionem obijt, nondum elapſo anno, qui ad deliberandum conceditur. Tunc enim jus adeundi intra illum annũ ad monaſterium tranſmitti per mortem talis monachi, docent Socin. *in l.* 1. *ſub num.* 23. *ff. de Vulgari*, Andreas Fachineus *in ſuis controuerſijs juris, lib.* 6. *cap.* 18. *verſ. Ego ad propoſitum*, Menchaca, *de Succeſſ. progreſ. lib.* 1. *§.* 9. *ſub num.* 8. *in fine.*, & Trentacinq. *de Subſt. p.* 1. *cap.* 7. *num.* 11. per *l. Cùm antiquioribus, Cod. de Iure deliber.* vbi hujuſmodi tranſmiſsio conceditur.

178 Vltimus caſus eſt, quando monachus malitioſé neglexiſſet adire. Tunc enim monaſterio non nocet, vt ſentiunt Roman. *in l.* 1. *Cod. Qui admitti*, Socin. *in l.* 1. *ſub num.* 23. *ff. de Vulgari*, & Trentac. *d. cap.* 7. *num.* 12. Qui id probat ex æquiparatione monachi cum filio: nam filius qui malitioſé negligit adire, habetur pro repudiante, & illa negligentia pro repudiatione, *l. Recuſari, 94. ff. de Acquir. hæred.* filio autem recuſante, poteſt pater adire, *l. fin. Cod. de Bon. quæ liber.* Igitur admiſſâ dictâ æquiparatione, prout communiter admittitur, quando eſt vtilis monaſterio, poteſt in dicto caſu monaſterium adire. Cæterùm quanti momenti ſit hoc fundamentum, conſtat ex dictis *num.* 162.

179 Denique ſuppoſitâ eâdem priori ſententiâ, quòd mortuo illo monacho ante aditam hæreditatem, nequit monaſterium adire, dubitari ſolet, vtrum competat monaſterio remedium reſtitutionis in integrum aduerſus omiſsionem aditionis, vt ſic hæreditatem illâ viâ reſtitutionis adipiſcatur? Communis reſolutio eſt affirmatiua, quam bene relatis alijs tradit Trentacinq. *d. cap.* 7. *num.* 19. *& ſeqq.* & Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 12. *numer.* 50. contra Couar. *in cap* 1. *num.* 1. *verſ. Quod velis, de Teſtam.* vbi hoc remedium negat monaſterio in hoc caſu, licèt illud concedat in caſu, quo monachus delatâ, non verò aditâ hæreditate ad aliam Religionem tranſit. Probatur tradita reſolutio argum *l. Panthonius, ff. de Acquir. hæred.* & per alia fundamenta, quæ apud citatos DD maximè apud Trentacinq. videri poſſunt. Illud tamen notandum ex eodem Trentac. *d. cap.* 7. *in fine*, ſi antequam monaſterium dictam reſtitutionem peteret, admiſſus eſſet ſubſtitutus ad hæreditatem, non poſſe monaſterium reſtitui, & ſubſtitutum excludere, niſi juxta diſpoſitionẽ, *l. Quòd ſi minor, 29. §. Scæuola, ff. de Minor.* quam diſpoſitionẽ tradidimus, & explicuimus, *§.* 5. *n.* 103.

§. 11. *Vtrum inſtituto exiſtente indigno, admittatur ſubſtitutus, vel potiùs Fiſcus?*

SUMMARIUM.

Q*Vãdo inſtitutus indignus poſt aditam, & acquiſitã hæreditatẽ, ab ea excluditur, ſuccedit in ea Fiſcus,*

cus, ſubſtituto excluſo; num. 180.

Quando inſtitutus indignus eſt aliàs incapax acquirendi hæreditatem, vt filius ſpurius teſtatoris, excluditur Fiſcus per ſubſtitutum; ibid.

Quando inſtitutus indignus eſt capax, & nonvult adire hæreditatem, vel illam repudiat, an tunc admittatur Fiſcus, vel potiùs ſubſtitutus? Prima ſententia eſt admittendum eſſe Fiſcum; numer. 181 *& ſeqq. Secunda, admittendum potiùs eſſe ſubſtitutum; num.* 187. *Prior ſententia præfertur, cum quadam modificatione pro caſu quo inſtitutus eſt indignus ob non vindicatam necem teſtatoris; num.* 188. *Soluuntur fundamenta ſecundæ ſententiæ; numer.* 189.

180 NOna quæſtio circa præfatam conditionem ſubſtitutionis Vulgaris eſt, quando inſtitutus indignus ab hæreditate excluditur, an tunc fiat locus vulgari ſubſtituto, vel potiùs admittendus ſit Fiſcus? Non procedit hæc quæſtio quando inſtitutus indignus poſt aditam, & ſemel acquiſitam hæreditatem ab ea fuit excluſus: tunc enim certum eſt admitti Fiſcum, excluſo ſubſtituto, vt ad minimum probat, *l. Si ſequens*, 15. *in princ. ff. Ad Syllan.* & tradit bene poſt alios Politus *de Subſtit. tit. de Vulgari, partic.* 3. *num.* 76. & Trentac. *tract. de Subſtit. p.* 1. *cap.* 8. *num.* 7. Neque etiam eſt difficultas, quando inſtitutus indignus eſt aliàs incapax acquirendi hæreditatem, vt quia erat filius ſpurius teſtatoris. In tali enim caſu communis penè omnium ſententia eſt, Fiſcū excludi per ſubſtitutum, vt videre eſt apud Fuſar. plures referentem *tract. de Subſtit. q.* 51. quam etiam cum alijs probat Trentacinq. *vbi ſupra.* Quia inſtituto indigno exiſtente incapaci, purificatur dicta conditio ſubſtitutionis Vulgaris ex capite impotentiæ, quia ſcilicet inſtitutus non poteſt eſſe hæres: & ſic eſt locus ſubſtituto. Pro quo etiam facit *l. Si in metallum, ff. de Iure Fiſci*, & not. per Barthol. *in l. Hæreditas, C. Quibus vt indignis.* Eſtque vera hæc reſolutio, licèt agatur de ſubſtituto per Vulgarem comprehenſam in Compendioſa, vt quādo ſubſtitutus eſſet Titius, ſi ſpurius inſtitutus decederet abſq; liberis, vt relatis multis tradit Fuſar. *d. q.* 51. *num.* 3. vbi affirmat ita judicatum fuiſſe in quadā cauſa magni momenti, ipſo patrocinante.

Tota difficultas eſt, quando inſtitutus 181
indignus eſt capax, & nonvult adire hæreditatem, vel illam repudiat. In quo caſu, prima ſententia eſt, Fiſcum eſſe præferendum ſubſtituto, hanc tenent Barth. *in l.* 1. *num.* 26. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 28. Socin. ſen. *num.* 30. dicens eſſe communem, & alijs idem Barth. *in d. l. Si ſequens*, & ibi Roman. *ff. Ad Syllan.* Bald. *in l. Eam quam, num.* 9. *&* 10. *Cod. de Fideicom.* Barth. de Hucio *tract. de Subſtit. cap.* 1. *num.* 12. Bald. de Vbal. *tract. Etiam de Subſtit. in rubr. de Subſtit. Vulgari, num.* 18. Fumeus *de Subſtit. vbi de Vulgari, num.* 23. Menchaca *de Succeſſ. progreſſu lib.* 2. *§.* 12. *num.* 22. *ante med.* Peregrin. *de Iure Fiſci lib.* 2. *tit.* 2. *num.* 27. *& de Fideicommiſ. art.* 2. *num* 40. & plures alij, quos citat, & ſequitur Fuſar. *de Subſtit. q.* 50. *n.* 1. eſtq; recepta ſcribentiū ſententia, vt teſtator Trentac. *d. c.* 8. *n.* 1. vbi multos etiam pro illa refert.

Probatur primò, quia inſtituto exiſten- 182
indigno ante aditam hæreditatem, ipſa hæreditas nondum adita defertur Fiſco, & is eam poteſt occupare, vt probat text. *in l. Recuſare*, 6. *§. Meminiſſe, verſ. Si Fiſco, ff. Ad Trebel.* vbi juxta interpretationē Gloſ. cōmunitèr receptam, ſtatuitur, quod nolente inſtituto vindicare necem teſtatoris, & ſic indigno exiſtente, poteſt cogi Fiſcus agnoſcere hæreditatē, & illam reſtituere, ſi erat relicta cum onere fideicōmiſſi, eſtq; ſermo de hæreditate non adita per inſtitutum, vt ſatis conſtat ex verbis textus, ibi: *Si Fiſco bona vacantia deferantur:* nam ſi jam eſſet adita non dicerentur bona illius vacantia, cùm per aditionem eſſēt acquiſita, & ſub dominio inſtituti: idem probat tex. *in l. Cum Fiſco.* 9. *ff. Ad Syllan;* ibi: *Cum Fiſco caduca bona defuncti addicūtur propter inultā mortē.*

Reſpondet Trentac. *d. c.* 8. *n.* 4 *&* 5. 183
quod

Digitized by Google

quod in caſu horum textuum non aderat ſubſtitutus,& ſic non mirum quòd Fiſcus admittatur ad illam hæreditatem non aditam. At quòd etiam ſtante ſubſtituto idem ſit dicendum, ideſt, quòd Fiſcus admittendus ſit, excluſo ſubſtituto, probat clarè text. *in d.l. Si ſequens, in princ. ff. Ad Syllan.* vbi dicitur, quod inſtituto exiſtente indigno, non transfertur hæreditas ad ſubſtitutum; & redditur ea ratio; quia pæna inſtituti non debet eſſe præmium ſubſtituti;& ideo ea hæreditas ad Fiſcum deuoluitur. Quæ ratio procedit, licèt hæreditas nondum ſit adita per inſtitutum indignum, nam quòd is ab illa acquirenda excludatur, vt in caſu *d. verſ. Si Fiſco*, in pænam ejus effectum eſt; quod proinde in præmium ſubſtituti cedere non debet. Adde quòd etiam textus *in d l. Si ſequens*, videtur loqui in caſu, quo hæreditas non erat adita per indignum: nam ſi tantùm loqueretur pro caſu, quo eſſet adita,non erat cur ad excludendum ſubſtitutum recurreret ad dictam rationem pænæ; cùm per ipſam aditionem Vulgaris ſubſtitutio expiret, *l. Si paterfamil.* 4. *ff. de Hæred. inſtit. cum ſimil.*

184 Probari ſolet ſecundò eadem ſententia, quia quando inſtitutus ſciens ſe indignum, non vult adire hæreditatem, vel illam repudiat, cenſetur id facere in fraudem Fiſci, & ſic habetur pro adeunte, ad hoc vt Fiſcus admittendus ſit, ſubſtituto excluſo, argum. *l. Non juſtam, Cod. Ad Trebel.* Reſpondent ad hoc Polit. *de Subſtit. in rubr. de Vulgari, partic.* 3. *numer.* 77. *ad finem*, & Trentacinq. *d. cap.* 8. *ſub num.* 2. *verſ. Secundò mouentur*, negando poſſe cenſeri illum inſtitutum adire nolle in fraudem Fiſci;quod ſic probant; nam inſtitutus non vindicans necem teſtatoris, non eſt culpabilis, neque incidit in pænam amittendi Fiſco hæreditatem, niſi illam adeat ante vindictam, *l. Neceſſarios, §. 1. ff. Ad Syllan.* ergo qui neque vult vindicare teſtatoris necem, neque adire hæreditatem, fraudem non committit; nam, quam fraudem, inquiunt, committit ille, qui culpam ſimul euitat, & pænam? nolendo ſcilicet adire, vt ſic neque ſit in culpa ommiſſionis vindictæ, neq; incidat in pænam publicationis hæreditatis.

Hæc tamen reſponſio in multis deficit. 185 Quia in primis non habet locum in caſibus, quibus inſtitutus eſt indignus,& punibilis ante aditam hæreditatem; vt quãdo ipſe inſtitutus teſtatorem occidit, vel illum vi,aut metu coegit vt ſe inſtitueret, vel falſi accuſauit teſtamentum, in quo inſtitutus eſt; & ſimilibus, de quibus ſuo loco. Deinde, quia etiam quando teſtator fuit per alium occiſus, non eſt vniuerſim verum,quòd inſtitutus nõ vindicans ejus necem non eſt culpabilis,niſi adeat hæreditatem; nam ſi teſtator occiſus eſt per aliquem de ſua familia, vt per ſeruum, & inſtitutus non vindicata illius nece, teſtamentum aperiat, delinquit contra edictum Syllanianum, *l. 3. §. Quòd ad cauſam, ff. Ad Syllan.* & licèt receptior ſententia ſit,quòd propter hoc dictum incurrit pænam pecuniariam centum aureorum, de qua *in l. Lege Cornelia*, 25. *§. Ex hoc edicto, ff. Ad Syllan.* non verò pænam confiſcationis hæreditatis, vt notat Gloſ. *in d. §. Ex hoc edicto, & in l. In cognitione, ff. eod.* & Barth. *in d.l. Si ſequens*,& ſumitur *ex d. l. Neceſſarios, §. 1. ff. eod.* attamen graues DD. vt Joan. & Azo. apud Gloſ. *loc.cit.* tenent, quòd incurrit confiſcationem,per *l. fin. ff. eod. & l. Si ea, C. de His quibus vt indignis*, vbi id exprimitur, & idem docet Mol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 178. *verſ. Secundus euentus.* Quæ ſententiæ fortè conciliari poſſent, ſi dicamus, quòd prima procedit, quando inſtitutus poſt apertum teſtamentum vindicauit necem teſtatoris. Secunda verò; quando teſtamentum aperuit, & poſtea non egit de vindicanda nece defuncti, vt tunc, ſi adire nolit,præſumatur id facere in fraudem Fiſci,& habeatur pro adeunte, atq; vt talis priuetur hæreditate,vt indignus.

Tandem quia ſiue loquamur, quando 186 teſtator occiſus fuit per aliquem de ſua familia, ſiue quando per extraneum; (in quo ſecundo caſu, non tenetur inſtitutus vindicare illius necem ante aditam hæreditatem, *l. 1. Cod. de His* qui-

quibus vt indignis) fieri poteſt, vt inſtitutus non vindicans necem defuncti, neque adiens hæreditatem, jure cenſeatur non adire in fraudem Fiſci; ſi nimirum ſit negligens, non adeundo intra tempus debitum: nam poſt talem negligentiam eſt præſumptio quòd in fraudem Fiſci non adeat; & ideo poteſt tunc Fiſcus hæreditatem occupare, excluſo ſubſtituto, perinde acſi eſſet adita. Sic declarat Barthol. *in d. l. Si ſequens, in princip.* quem hac in parte ſequitur Zaſius *de Subſtitut. cap.* 1. *numer.* 17. Vnde addit idem Barth. ſibi videri bonum remedium, ad hoc vt ſubſtitutus à Fiſco non excludatur, quòd antequam inſtituto labatur tempus negligentiæ, faciat præſtitui ei terminum ad hæreditatem adeundam, vel repudiandam: tunc enim, illo ante negligentiam repudiante, tranſire hæreditatem ad ſubſtitutum, quod etiam apud Fuſar. *d. q.* 50. *numer.* 7. tenet Intrig. *de Subſtitut. cent.* 1. *q.* 33. *num.* 7.

187 Secunda ſententia eſt, ſubſtitutum admitti, excluſo Fiſco. Ita ſentit Barth. ſibi contrarius *in l. Ejus qui delatorem, §. fin. ff. de Iure Fiſci*, quatenus abſolutè docet, quòd quando inſtitutus eſt indignus, bona applicantur Fiſco, ſi inſtitutus adiuit hæreditatem; ſecus ſi non adiuit: eandem ſententiam tenent expreſſè Angel. *in l.* 1. *ff. de Vulgari*, Polit. *loco ſupra cit.* Trentacinq. *d. cap.* 8. *num.* 8. *& ſeq.* & alij quos refert Fuſar. *de Subſtitut. q.* 50 *num.* 2. Probatur primò, per *d. l. Neceſſarios, §.* 1. *ff. Ad Syllan.* vbi dicitur non aliàs confiſcari hæreditatem ejus, qui per aliquem de ſua familia occiſus eſt, quàm ſi conſtiterit inſtitutum ante vindicatam illius necem adiiſſe. Secundò, quia inſtituto indigno adire nolente, & ſic tacitè, vel expreſſè repudiante, impletur conditio Vulgaris ſubſtitutionis, *Si inſtitutus non erit hæres*; cùm ſub ea non tantùm comprehendatur caſus impotentiæ, ſed etiam noluntatis, quo ſcilicet inſtitutus noluerit eſſe hæres, vt eſt notiſſimum. Ergo in tali caſu ſit locus ſubſtituto, & conſequenter ille debet admitti, excluſo Fiſco. Tertiò, quia ſi quid obſtaret, eſſet quòd inſtitutus cenſeretur nolle adire in fraudem Fiſci: at talis fraus non debet præſumi; nam cùm ille non teneatur adire, & multæ aliæ ſint cauſæ, ex quibus poteſt moueri ad omittendam aditionem, hæreditatemque repudiandam, potiùs debet præſumi, quòd illam omittit ex alijs legitimis cauſis, quàm vt Fiſco præjudicet. Quartò denique quia inſtitutus indignus priuatur hæreditate à Fiſco in pœnam criminis, quo ſe fecit indignum, *d. l. Si ſequens, in princip. ff. Ad Syllan.* talis autem pœna non habet locum antequam ille adeat, & acquirat hæreditatem, cùm nemo priuetur re, quam non habet; nam priuatio ſupponit habitum, *l. Manumiſſiones, ff. de Iuſt. & jur. l. Decem, ff. de Verb. obligat.* 188

His tamen non obſtantibus prior ſententia videtur retinenda, præſertim quãdo inſtitutus non eſt indignus ob non vindicatam necem defuncti, ſed ob aliam cauſam, ex qua ante aditam, vel repudiatam hæreditatem indignus factus eſt, vt quia teſtatorem occidit, vel coegit, vt ſe inſtitueret, &c. Quia in hujuſmodi caſibus, cùm inſtitutus ante aditionem ſit indignus, & mereatur confiſcationem hæreditatis, nihil obſtat quominus vbi hæreditas ei delata eſt, poſſit Fiſcus illam occupare, antequam ſit adita: id quòd pro caſu, quo inſtitutus dolo impediuit teſtatorem, ne teſtamentum mutaret, ſatis apertè habetur, *l.* 2. *ff. Si quis aliquem teſtari prohib.* ibi: *Si fidei ejus, qui dolum admiſit, commiſſum eſt vt hæreditatem reſtitueret: ea hæreditas caduca cum ſuis oneribus fiet, vt commodum legis Falcidiæ Fiſcus ſentiat, dodrantis autem fideicommiſſarius:* vbi vides hæreditatem caducam, atque adeo non aditam occupari cum ſuo onere per Fiſcum, vt per hæredem. Semel autem admiſſo, quòd Fiſcus poteſt occupare hæreditatem nõdum aditam, debet hoc intelligi, etiam ſtante ſubſtituto, ne pœna vnius fiat præmium alterius contra *d. l. Si ſequens, ff. Ad Syllan.* In caſu autem, quo inſtitutus non vindicat necem defuncti, res eſt magis dubia; cùm ante aditionem non com-

Digitized by Google

committat crimen, ex quo ſit obnoxius confiſcationi, ſaltem ſi teſtator non fuit necatus per aliquem de ſua familia, ſed per extraneum. At in hoc etiam caſu placet dicta prima ſententia, cum declaratione, ſeu limitatione, quam ex Bartholo, & Zaſio tradidimus *num.* 186.

189 Sic intellectâ primâ ſententiâ, ſoluuntur facilè fundamenta, quæ pro ſecunda adducta ſunt. Ad primum reſpondetur, cùm *in d. l. Neceſſarios, §.* 1. dicitur, non confiſcari illam hæreditatem, antequam ſit adita, id intelligi, ſecluſa fraude inſtituti: nam ſi intelligatur eum nolle adire in fraudem Fiſci, vt quando eſt negligēs, habetur pro adeunte. Ad ſecundum reſpondetur, licèt inſtituto adire nolente cenſeatur impleta conditio ſubſtitutionis; & fiat locus ſubſtituto, id procedere, niſi alius ex perſona, vel cauſa inſtituti jus habeat ad hæreditatem occupandam, vt in præſenti habet Fiſcus ob crimen inſtituti, cujus pœna non debet cedere in præmium ſubſtituti, *d. l. Si ſequens, ff. Ad Syllan.* Ad tertium reſpondetur, ſi hæreditas ſit lucroſa cogitari non poſſe, ſaltem regulariter, quòd inſtitutus indignus non vult eam adire, niſi in fraudem Fiſci, ſeu quòd ſciat, aut timeat ſibi à Fiſco eſſe auferendam. Si autem hæreditas eſſet damnoſa, vt quando debitis eam excedentibus grauata eſſet, tunc admitti poteſt, quòd ob eam potiùs cauſam, quàm in fraudem Fiſci recuſat illam adire: nec Fiſcus curabit illam occupare. Ad quartum denique reſpondetur, ſatis eſſe quòd indigno denegetur hæreditas, quæ illi delata eſt, ad hoc vt rectè dicatur eâ priuari in pœnam: nam ad propriam priuationem ſatis eſt quòd præcedat habitus quoad conuenientiam, ſeu quoad debitum, ſiue reipſa extiterit, ſiue non: ſic enim cæcus à natiuitate habet propriam priuationem viſûs, ex eo tantùm quòd illi ſecundùm naturam viſus debebatur.

(?)

§. 12. *Si inſtitutus nolit adire, vtrùm admittatur ſubſtitutus vulgaris contra fideicommiſſarium, qui vult cogere inſtitutum, vt adeat, & ſibi reſtituat?*

SUMMARIUM.

Communis ſentētia in hac quæſtione præfert fideicommiſſarium volentem cogere inſtitutum, vt adeat; num. 190. *& ſeqq.*

Per dationem vulgaris ſubſtituti tollitur exiſtentia Suitatis, niſi datus etiam eſſet ſubſtitutus fideicommiſſarius; num. 192.

Vt hæres ſcriptus non poſſit cogi à fideicommiſſario, vt adeat, opus eſt vt teſtator illum expreſsè eximat à tali actione; ibid.

Proponitur, & excluditur ſententia præferens ſubſtitutum vulgarem fideicommiſſario, num. 193.

Relicta ab inſtituto cenſentur repetita à ſubſtituto vulgari, quoties non conſtat de contraria voluntate teſtatoris; num. 194.

Quando fideicommiſſum non eſt repetitū à ſubſtituto, ſi inſtitutus moriatur ante aditam hæreditatem, neque juſſus fuiſſet illam adire, extinguitur fideicommiſſum: ſecus autem, ſi inſtitutus deceſsit poſtquam juſſus eſt hæreditatem adire, num. 195.

Decima quæſtio circa prædictam conditionem eſt, ſi inſtituto dati ſunt duo ſubſtituti, alter vulgaris, alter fideicommiſſarius, & inſtitutus nolit adire, vel repudiet, an ſit locus ſubſtituto vulgari, vel potiùs fideicommiſſario, ad hoc vt poſſit cogere inſtitutum, vt adeat, & ſibi reſtituat? communis ſententia ſtat pro fideicommiſſario. Eam tenent Barthol. *in l. Facta, §. Iulianus,* & ibi Paul. Caſtr. *ff. Ad Trebel.* idem Barthol. *in l.* 1. *num.* 25. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 27. Jaſ. *num.* 49 Socin. ſen. *num.* 23. Ripa *num.* 160. & Alciat. *num.* 61. 190

Barth. Caſtr. Angel. & multi alij *in l. Si patroni, §. fin. ff. Ad Trebel.* Cyn. Barth. Bald. & Caſtr. *in l. Non juſtam, Cod. Ad Trebel.* Fumeus *de Subſtitut. tit. de Vulgari, num.* 32. Polit. *de Subſtitut. in Rubr. de Vulgari partic.* 3. *numer.* 55. Peregrin. *de Fideicom. art.* 2. *numer.* 69. Trentacinq. *de Subſtitut. cap.* 8. *num.* 10. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 38. qui plures referunt.

191 Probant multi hanc ſententiam, per text. *in d. §. Iulianus*, ſecundùm quandam lecturam. At cùm hic textus plures habeat intellectus non conuincit, nec ad deciſionem cauſarum allegabilis eſt, vt per Barth. *in l. In ambiguo, ff. de Reb. dub.* Meliùs probatur per *d. l. Non juſtam, C. Ad Trebel.* quam ad hoc optimè inducit Trentacinq. *ſup. num.* 11. *verſ. Secundo.* Et reuerà ſi rectè inſpiciatur, continet in ſpecie hunc caſum, vt etiam aduertit Peregrin. *d. num.* 69. *verſ. Contra verò, in fine.* Ratione etiam conſtat, quia teſtator dando ſubſtitutum fideicommiſſarium, intelligitur voluiſſe ſe conformare cum diſpoſitione juris, Barth. *in l. Hæredes mei, §. Cùm ita, ff. Ad Trebel.* diſpoſitio autem juris eſt, quòd fideicommiſſarius poſſit cogere inſtitutum vt adeat, & ſibi reſtituat, vt conſtat ex toto tit. *ff. Ad Trebel.* Ergo licèt teſtator dederit etiam ſubſtitutum vulgarem, intelligitur, quòd voluit, vt inſtitutus poſſet cogi à fideicommiſſario: & ſic quòd nolente inſtituto adire præferendus ſit fideicommiſſarius vulgari ſubſtituto, ſi velit cogere inſtitutum vt adeat, & ſibi reſtituat.

192 Nec obſtat, ſiquis dicat, quòd teſtator dando ſubſtitutum vulgarem, videtur dare inſtituto licentiam repudiandi, cùm ea ſubſtitutio fiat ſub conditione, *Si inſtitutus noluerit, aut non potuerit eſſe hæres*: & conſequenter, quòd talis inſtitutus non poteſt cogi adire, nec præceptum judicis id jubentis valet; ſiquidem eſt contra voluntatem teſtatoris. Reſpondetur enim, quando teſtator dedit etiam ſubſtitutum fideicommiſſarium, non intelligi quòd dedit inſtituto ſimpliciter, & abſolutè licentiam repudiandi, ſed ita demũ, ſi fideicommiſſarius cum non coegerit. Quo pacto, licèt regulare ſit, juxta communem ſententiam, quòd per dationem vulgaris ſubſtituti tollitur exiſtentia Suitatis, & qui aliàs erat hæres neceſſarius redditur voluntarius, id tamen fallit, ſi teſtator det etiam ſubſtitutum fideicommiſſarium, vt tradunt Caſtr. Alex. & Iaſ. *in l. Si filius hæres, ff. de Liber. & poſth.* Bald. & Fulgoſ. *in d. l. Non juſtam, Cod. Ad Trebel.* eſtque communis ſententia, quam alijs etiam relatis tradit Trentac. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 14. ea ratione, quòd dato ſubſtituto fideicommiſſario videtur ablata hæredi facultas abſtinendi, & repudiandi; vt etiam cum alijs notauit Peregrin. *ſupra, verſ. Sequuntur, & num.* 70. vbi addit, quòd vt hæres ſcriptus non poſſit cogi à fideicommiſſario, opus eſt, vt teſtator illum expreſsè eximat, dicendo, quòd non poſſit cogi, nec ſufficere quòd eum hæredem ſcribat, addendo, ſi hæres eſſe voluerit; quòd alij etiam apud ipſum aduertunt.

Contrariam ſententiam, quòd ſubſtitutus vulgaris præferendus ſit, tenuit Gloſ. *in d. l. Si patroni, §. fin.* juxta primum intellectum hujus textus, *ff. Ad Trebel.* & videtur poſſe hanc ſententiam conciliari cum præcedente, dicendo hanc eſſe veram quando fideicommiſſum non fuerit repetitum à ſubſtituto vulgari; illam aliam verò, quando fideicommiſſum tacitè, vel expreſsè repetitum eſt: quam diſtinctionem, & concordiam inculcat, licèt non firmet Barth. *in d. l.* 1. *num.* 25. *ff. de Vulgari.* Rejicienda nihilominus eſt iſta ſententia, & conciliatio; nam quòd etiam quando fideicommiſſum non eſt repetitum poſſit fideicommiſſarius cogere inſtitutum non obſtante ſubſtituto vulgari probat ſatis ratio adducta, *num.* 191. & tenent in ſpecie ferè omnes DD. *num.* 190. allegati, eſtque communis ſententia, quam relatis multis tradunt Trentacinq. *d. cap.* 8. *num.* 10. & Fuſar. *d. q.* 38. *num.* 5. 193

Pro maiori autem declaratione aduerte, fideicommiſſum ab inſtituto relictum cenſeri etiam relictum, ſeu repetitum à ſubſ- 194

ſubſtituto vulgari, quoties non conſtat de contraria voluntate teſtatoris, *d. l. Non juſtam, & ibi omnes, Cod. Ad Trebel. & l. Licet Imperator, 77. vbi etiam ſcribentes ff. de Leg.* 1. Cũ enim ſubſtitutus ſit vocatus ſecundo loco, & ſic minùs dilectus, nõ debet eſſe melioris conditionis, quàm inſtitutus, *l. Publius, §. vlt. ff. de Condit. & demonſtr.* Vnde etiam legata, & fideicommiſſa particularia, quibus teſtator inſtitutum grauauit, repetita cenſentur à ſubſtituto, vt bene poſt Curt. jun. deducit Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib. 5. tit. 1. num.* 13. & conſtat *per d. l. Licet Imperator.* In multis autem caſibus ex conjecturata mente teſtatoris relicta ab inſtituto non ſunt repetita à ſubſtituto, vt quando teſtator grauauit ſubſtitutum fideicommiſſo diuerſo ab eo, quod ab inſtituto reliquerat; vel quando cauſa, ob quam reliquerat ab inſtituto, ceſſat in ſubſtituto, qui caſus *in d. l. Licet Imperator,* cauſâ exempli notantur.

195 Aduerte præterea, quando fideicommiſſum non eſt repetitum à ſubſtituto, ſi inſtitutus moriatur ante aditam hæreditatem, neque juſſus fuiſſet illam adire extingui fideicommiſſum, *l. Ille à quo,* 13. *§. Si de teſtamento, in fine, ff. Ad Trebel.* & ibi omnes: ſi autem inſtitutus deceſſit non adita hæreditate, poſtquam fuit juſſus adire, tunc, ſiue fideicommiſſum eſſet repetitum à ſubſtituto, ſiue non, minimè perit; tranſit enim tunc hæreditas cum eodem onere fideicommiſsi ad ſequentem vocatum, & ab eo illud obtinet fideicommiſſarius abſque detractione quartæ Trebellianicæ, vt expreſsè habetur *in d. l. Non juſtam Cod. Ad Trebel.* Quamobrem ſemper eſt vtile fideicommiſſario cogi inſtitutum adire, cùm ea coactio non ſolùm confirmet fideicommiſſum, vt non pereat decedente inſtituto ante aditam hæreditatem, ſed etiam efficiat vt illud integrè reſtituatur fideicómiſſario, Trebellianicâ non detractâ.

(:)

§. 13. Si pluribus inſtitutis datus ſit ſubſtitutus vulgaris, & vnus ex inſtitutis repudiet, vel aliàs deficiat, an id ſufficiat vt ſubſtitutus ad ejus portionem admittatur, excluſo jure accreſcendi, quod aliàs cohæredibus, ſeu cõjunctis competit?

SUMMARIUM.

Si aliqua ratione conſtet teſtatorem voluiſſe, vt deficiente vno ex inſtitutis, admitteretur ſubſtitutus ad ejus portionem, tali voluntate ſtandum eſt, excluſo jure accreſcendi conjunctis conceſſo, num. 196.

Neceſsitas juris accreſcendi in ſucceſsione teſtamentaria ceſſat ex voluntate teſtatoris, quando ex ejus prohibitione non ſequitur, quòd teſtator decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus; ibid.

Si non conſtet, quod teſtator dando ſubſtitutum pluribus inſtitutis, uoluit eos priuare jure accreſcendi, non admittitur talis ſubſtitutus, niſi omnibus inſtitutis deficientibus; num. 197.

Datio ſubſtituti tunc impedit jus accreſcendi, quando ſingulariter ſingulis inſtitutis, vel vni ex pluribus datus eſt: ſecus verò quando datus eſt pluribus collectiuè; ibid.

Si inſtitutis Titio, & Seio, teſtator illis ſimpliciter ſubſtituit hoc modo: Si hæredes non erunt, ſubſtituo Semproniũ: *an ſatis ſit, quod vnus ex illis deficiat ad hoc, vt ſubſtitutus ad ejus portionem admittatur? Prima ſententia affirmat, & quibus fundamentis? num.* 199. *& ſeqq.*

Hæc ſententia limitatur, vt nõ procedat, quando inſtituti eſſent filij teſtatoris, vel ita ei conjuncti, vt veriſimile ſit ſubſtitutum non fuiſſe magis dilectum; num. 203.

Con-

Contraria ſententia eſt communiſsima, quòd ſcilicet in caſu propoſito non debet admitti ſubſtitutus, ſed conjunctus, ex jure accreſcendi; *numer*. 204. *Probatur*; *num*. 205. *&* 207.

Qua ratione verum ſit quòd inſtitutus eſt magis dilectus, quàm ſubſtitutus? num. 206.

Dicta contraria ſententia præfertur, & ad rationes oppoſitæ reſpondetur; *num*. 108. *& ſeqq*.

Quando ſeruus communis eſt inſtitutus, vel aliquid ei legatur, non cenſentur ejus domini conjunctim vocati, ſed diuiſim: & ideo vno ex eis repudiante, admittitur ſubſtitutus ad ejus portionem, altero domino ab ea excluſo; *numer*. 210.

Si pluribus inſtitutis datus ſit ſubſtitutus fideicommiſſarius ad totam hæreditatem ſub aliqua conditione implenda in eorum perſonis, an ſatis ſit conditionem impleri in perſona vnius, ad hoc vt ſubſtitutus ad ejus portionem admittatur? num. 211. *& ſeq*.

Si cauſa pia ſit vulgariter ſubſtituta pluribus inſtitutis, an vno ex eis deficiente admittenda ſit ad ejus portionem, excluſo jure accreſcendi alijs conceſſo? num. 213.

Prædicta communis ſententia relata; *numer*. 204. *non procedit, quando ſubſtitutus eſſet vnus ex inſtitutis*; *numer*. 214. *Id verò intelligitur, niſi ſubſtitutus eſſet inſtitutus disjunctim, alij verò eſſent inſtituti conjunctim, vt ſi teſtator dixiſſet*: Inſtituo Caium, & Titium in ſemiſſe, & Petrum in alio ſemiſſe, eumque illis alijs ſubſtituo, ſi hæredes non erunt. *In quo caſu vno ex illis conjunctis repudiante non admittitur Petrus ſed alter conjunctus: idque licèt Petrus eſſet filius teſtatoris, alij verò extranei*; *num*. 215.

Quando ſubſtitutus vulgaris eſt datus pluribus inſtitutis copulatiuè, opus eſt vt nullus eorum ſit hæres, ad hoc vt ſubſtitutus admittatur: vt quando inſtituo Caio, & Titio, dictum eſſet; Si Caius, & Titius hæredes non erunt, ſubſtituo Sempronium. *Et cum quibus ampliationibus, & limitationibus id ſit intelligendum? num*. 216.

Idem tenendum, quando dictum eſſet; Si neque Caius, neque Titius hæredes erunt, ſit hæres Sempronius, *vel*, ſubſtituo Sempronium; *num*. 217.

Idem etiam eſt, quando ſubſtitutio fuerit facta pluribus nomine collectiuo, vt ſi teſtator dixerit; Si vterque hæres non erit, *vel*, ſi ambo, *aut*, ſi omnes hæredes non erunt; *num*. 218.

Idem dicendum, quando ſubſtitutio fuerit facta pluribus implicatiuè; vt ſi Titio, & Caio inſtitutis, dictum eſſet; Si Titius, atque etiam Caius hæredes nõ erunt. *Idemque eſt de ſimilibus formis*; *num*. 219.

Quando ſubſtitutio eſt facta pluribus alternatiuè, quolibet eorum deficiente, admittitur ſubſtitutus ad ejus portionem, vt quando inſtituto Caio, & Seio, dictum eſſet; Si Caius, vel Seius hæres non erit; *num*. 220.

Id verò limitatur primò, niſi inſtituti eſſent deſcendentes teſtatoris, ſubſtitutus verò extraneus; *num*. 221.

Limitatur ſecundò, niſi præcedens inſtitutio facta eſſet alternatiuè, vt ſi dictũ eſſet; Inſtituo Titium, & Seium, & ſi Titius, aut Seius hæres non erit, ſubſtituo Caium; *num*. 222.

Quando ſubſtitutio facta eſt pluribus diſtributiuè, vt ſi dictum ſit; Quiſquis, *aut*, ſiquis ex hæredibus ſcriptis hæres non erit, ſubſtituo Caium; *ſatis eſt quòd vnus ex inſtitutis repudiet, ad hoc vt ſubſtitutus ad ejus portionem admittatur*; *num*. 223.

Si teſtator ita dixiſſet; Inſtituo Seium, & Titium, quibus ſubſtituo Caium; *an quolibet ex illis deficiente admittatur ſubſtitutus ad illius portionem? num*. 224. *& ſeqq*.

IN hac quæſtione, quæ in ordine eſt vndecima circa dictam conditionem Vulgaris ſubſtitutionis, generaliter ſtatuendum eſt: ſi ex verbis teſtatoris, vel alia ratione conſtet, eum voluiſſe, vt ſubſtitu- 196

ſtitutus admitteretur ad portionem inſtituti repudiantis, vel aliàs deficientis, tali voluntati obſequendum eſſe, quia hoc negotium totum pendet à voluntate teſtatoris, qui quidem in præſenti caſu optimè poteſt prohibere, & excludere jus accreſcendi in fauorem ſubſtituti, nihil obſtante, quòd hoc jus fuerit inductum ex neceſsitate legis; nam vt bene aduertit Mantica, *lib.4 de Conjectur. vltim. vol. tit.12. aliàs 11. num.*30. neceſsitas juris accreſcendi in ſucceſsione teſtamentaria ceſſat ex voluntate teſtatoris, quando ex ejus prohibitione non ſequitur, quòd teſtator decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus; nam propter vitandum hoc inconueniens inducta fuit illa neceſſitas: in præſenti autem tale inconueniens non ſequitur, ſiquidem prohibito jure accreſcendi, ſuccedit ſubſtitutus ex teſtamento in portionem inſtituti deficientis, & ſic nulla eſt dubitatio, quin voluntas teſtatoris volentis admitti ſubſtitutum, excluſo dicto jure accreſcendi, obſeruari debeat, ſi de illa conſtat, vt idem Mantica concludit.

197 Econtra verò, ſi non conſtet, quòd teſtator dando ſubſtitutum pluribus inſtitutis, voluit eos priuare jure accreſcendi, contraria regula ſtatuenda eſt: ſcilicet, non debere ſubſtitutum admitti, niſi omnibus inſtitutis deficientibus. Ita ſentiunt communiter DD. vt ex infra dicendis conſtabit; & ratio eſt, quia inſtituti, cum ſint vocati primo loco à teſtatore præſumuntur magis ab eo dilecti, quàm ſubſtitutus, vt per *l. Publius, 36. §. 1. ff. de Condit. & demonſtr.* tradunt Mantica, *d. tit. 12. num.* 25. Peregrin. *de Fideicommiſsis, art.* 13. *num.* 18. *&* 19. Trentacinq. *de Subſtitution. p. 1. q. 17. num.* 4. & alij. Igitur cenſeri non debet, quòd teſtator dando ſubſtitutum vult in ejus gratiam priuare inſtitutos jure accreſcendi ipſis per legis prouidentiam conceſſo, ſed ſolùm quòd illis omnibus deficientibus ſubſtitutus admittatur. Nec obſtat, quòd *in l. vnica, § In primo, & §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. toll.* ſubſtitutus præfertur conjuncto, ſeu cohæredi; id quod etiam habetur *in l. 2. §. Si duo, ff. de Bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* & diximus *ſupra, §. 6. numer.* 128. nam hoc procedit, quando ſubſtitutio eſt nominatim vni facta, in quo caſu expreſsè loquitur *d. §. Si duo:* ibi, *Secundo, tertius ſubſtitutus:* ſecus autem ſi ſit facta pluribus conjunctim. Quam reſponſionem tradit Peregrin. *ſupra, num.* 20. vbi ex Salic. Barth. Jaſ. Ripa, & alijs, docet, quòd datio ſubſtituti tunc impedit jus accreſcendi, quando datur ſingulariter ſingulis, vel vni ex pluribus: ſecus verò quando datur pluribus collectiuè.

198 His ita in generali conſtitutis, ad aliquos particulares caſus deſcendendum eſt, qui in propoſita quæſtione pro faciliori vſu, & praxi à DD. diſtingui ſolent. Primus caſus eſt, quando teſtator, inſtitutis, v.c. Titio, & Seio ſubſtituit ſimpliciter hoc modo: *Si hæredes non erunt ſubſtituo Sempronium.* In hoc caſu ſentiunt multi ſatis eſſe, quòd vnus ex inſtitutis deficiat, ad hoc vt ſubſtitutus ad ejus portionem admitti debeat, excluſo jure accreſcendi, quod aliàs cōjuncto, ſeu coinſtituto, competeret. Ita ſentiunt Bald. *in l penult. ff. de Injuſto rup. teſt.* & ibi Alex. Angel. *in l. Hæredes mei, §. Cùm ita, col. 2. ff. Ad Trebel.* & ibi Imola *col. pen.* & Alex. *col.* 8. *&* 11. *verſ. Sum ſolitus,* Polit. *de Subſtitution. in rubr. de Vulgari, partic. 3. q. 25. quam proponit, num. 56. & reſoluit, num. 63. in fine,* & alij, quos refert Trentacinq. *d. q. 17. num. 5. verſ. Licèt ſuperior,* & Fuſar. *de Subſtit. q. 54. num.* 11.

199 Fundamentum hujus ſententiæ eſt; quia vno ex inſtitutis non exiſtente hærede, verificatur illa conditio ſubſtitutionis, *Si hæredes non erunt:* ergo debet admitti ſubſtitutus; conſequentia ab omnibus admittitur. Antecedens probatur primò argumentatione Dialectica, quia deficiente vno ex illis inſtitutis, hæc affirmatiua, *Titius, & Seius ſunt hæredes,* eſt falſa, ergo oppoſita, *non ſunt hæredes,* eſt vera; nam iſtæ propoſitiones, *ſunt hæredes,* & *non ſunt hæredes,* pugnant contradictoriè: certiſsimum eſt autem, quòd

duæ

Digitized by Google

duæ contradictoriæ non poſſunt eſſe ſimul veræ, nec ſimul falſæ, igitur ſi illa, *ſunt hæredes*, eſt falſa, neceſſe eſt vt hæc, *non ſunt hæredes*, ſit vera.

200 Secundò probatur argum. text. *in l. Si is qui ducenta, §. Cùm ita, ff. de Reb. dub.* vbi cùm quis ita ſtipulatus eſt, *Si Damam, Stichum, & Herotem non ſtiteris, promittis mihi centum*; ſtipulatio cõmittitur, & promittens incurrit pænam, ſi non ſiſtat omnes, etiam ſi vnum ſtiterit: quia ſiſtendo vnum, non facit verificari, quòd illos ſtiterit: & conſequenter, nec falſificari oppoſitam, ſed potiùs verificari. Similiter ergo in noſtro caſu, ſatis erit quòd vnus ex inſtitutis non ſit hæres, ad hoc vt non poſsit verè dici, illos eſſe hæredes, ſed ſimpliciter non eſſe hæredes.

201 Tertiò probatur *ex l. fin. in princip. ff. de Vulgari*, ſupponendo quòd ſeruus cõmunis tenet perſonam duorum in his, quæ per eum dominis acquirenda ſunt, vt probatur, *in l. 1. §. Communis, ff. de Stipul. ſeru & in l. Si fundum, §. 1. ff. de Leg. 1.* Hoc enim ſuppoſito, dicitur in illa *l. fin.* quòd inſtituto ſeruo communi, cui, ſi hæres non ſit, datus eſt ſubſtitutus, ſi alter ex ejus dominis repudiet, locus ſit ſubſtituto, ſcilicet quoad partem repudiantis, vt ibidem declarat Gloſ. *ver. Subſtituto*, nihil obſtante quòd alter dominus adeat, & velit præferri jure accreſcendi, vbi ferè in ſpecie continetur, & deciditur caſus, de quo hìc loquimur. Probari etiam ſolet præfata reſolutio *ex l. penult. ff. de Injuſto rupto.* Sed hic textus non vrget, nam ibi ſingulis inſtitutis ſinguli ſubſtituti dati ſunt, vt patet ex verbis illius, ibi; *ſubſtitutis noſtris:* nos autem loquimur, quando pluribus vnus ſubſtitutus datus eſt.

202 Probatur tandem ſatis efficaciter idem intentum ex conjecturata voluntate teſtatoris per text. *in l. Hæredes mei, 57. §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* vbi, ſi quis duos filios inſtituit, & ſi vterque ſine liberis decederet, ſubſtituit fideicommiſſariè neptem ſuam, dicit textus, quòd decedente primo cum liberis, & vltimo ſine liberis, licèt conditio ſubſtitutionis, attenta vi verborum, defeciſſe videatur, tamen ſpectata mente teſtatoris neptis ſubſtituta admittitur ad portionem ejus, qui ſine liberis deceſsit. Quam teſtatoris mentem colligit ibi Juriſconſultus ex eo quòd, cũ teſtator totam hæreditatem peruenire voluerit ad neptem, ſi vterque filius ſine liberis decederet, cenſetur voluiſſe, vt altero tantùm abſque liberis decedente, pars illius ad eam perueniret; quod eſt juxta regulam, *l. Quæ de tota, ff. de Reivendic. & l. Iam pars, ff. Pro derelicto*, & pari ratione procedit in noſtro caſu. Atque idem argumentum ſumitur *ex l. Lucius Titius, §. Caio, cum ſimil. ff. Ad Trebel.* vbi, cùm quis duobus hæredibus inſtitutis fideicommiſit, vt poſt mortem hæreditatem reſtituerent, primo moriente admittitur ſtatim ſubſtitutus fideicommiſſarius ad illius partem, non expectata morte alterius.

Limitatur autem hæc ſententia, vt nõ 203 procedat, quando inſtituti eſſent filij teſtatoris, vel ita ei conjuncti, vt veriſimile ſit, ſubſtitutum non fuiſſe magis dilectũ. Sic limitat Polit. *loco citat.* & loquendo quando ſunt inſtituti liberi, ſeu deſcendentes teſtatoris, & ſubſtitutus eſt extraneus, hoc ipſum apud Fuſar. *d. q. 54. numer. 12.* tenent Angel. *in d. l. Hæredes mei, §. Cùm ita, col. 2* & ibi Alex. *col. 11. verſ. Sum ſolitus*, Bald. *in l. penult. Cod de Impub. & alijs ſubſtit.* Zanchin. *d. §. Cùm ita, num. 896.* Menoch. *conſ. 297. numer. 10. & ſeq.* Idem etiam, quando inſtituti ſunt tranſuerſales, qui ſuo cohæredi poſſunt ſuccedere, docent Decius, *in d l. penult. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Corneus *conſil. 31. & 97. lib. 1.* & alij apud eundem Fuſar. *num. 14.* Qui tamen multò plures refert *num. 13.* qui in hujuſmodi tranſuerſalibus contrarium tenent. Mihi verò abſolutè dicendum videtur, præfatam ſententiam non procedere, quando inſtituti, vel ſanguine, vel amicitiâ ita ſunt conjuncti teſtatori, vt penſatis omnibus, veriſimile ſit eum noluiſſe illis præferri ſubſtitutum in portione vacante.

Contraria verò ſententia, quòd ſcili- 204

cet

cet in propoſito caſu principali non debeat admiti ſubſtitutus, ſed cohæres, ſeu conjunctus ex jure accreſcendi, eſt communiſsima. Eam tenent Barth. *in d. l. Hæredes mei, §. Cũ ita, n. 5. ff. ad Trebel.* & ibi Caſtr. *n.* 4. Socin. jun. *n.* 72. *& ſeq.* Ripa *n.* 95. vb. teſtatur de cõmuni, Zanchin. *n.* 893. *& ſeqq.* & cæteri ſcribentes cõmuniter, Gloſ. *in l. Quamuis*, vbi etiam Barth *C. de Impuber & al ſubſt.* Caſtr *in l pen. ff. de Injuſto, rupto, irrit.* Corn. *in l. pen. C. de Impuber. & alijs ſubſt.* Barth. *in l. 1. num.* 48. *ff de Vulgari*, & ibi Iaſ. *num.* 67. Socin ſen. *num.* 190. Guilliel Bened. *in cap. Raynutius, in materia Vulgaris, num.* 128. *de Teſtam.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 4 *tit.* 11. *aliàs*, 12. *num.* 25. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſump.* 87. *num.* 12. *&* 13 Peregrin. *de Fideicom. art.* 13. *n.* 19. Trentac. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 17. *ſub n.* 6. *verſ. Ex prædictis*, & multi alij, quos præcitati referunt.

205 Probatur hæc ſententia facilè ex regula ſupra tradita *num.* 197. quòd quando teſtator dedit ſubſtitutum pluribus inſtitutis, ſi non conſtet, voluiſſe illos priuare jure accreſcendi in fauorem ſubſtituti, non debet is admitti, niſi omnibus inſtitutis deficientibus: eoquòd hi cenſeantur magis dilecti, quàm ſubſtitutus. Hinc enim planè ſequitur, non debere in præſenti caſu admitti ſubſtitutum, ſed conjunctum, ſeu cohæredem qui adiuit. Nam per hoc, quòd teſtator in caſu propoſito inſtitutis duobus dixerit, *Si hæredes non erunt, ſubſtituo Sempronium*, non conſtat quod voluit inſtitutos priuare jure accreſcendi in portione, quæ vacauerit, & dare illam ſubſtituto: licèt enim illa verba, *Si hæredes non erunt*, poſsint fortaſſe admittere ſenſum diſtributiuum, acſi teſtator diceret; *Si vnus, vel alter hæres non erit*; at planiùs, & magis propriè, vel ſaltem non minùs propriè, accipiuntur in ſenſu copulatiuo, vt idem valeant, atque iſta: *Si neuter erit hæres*: vnde dici non poteſt, quòd ex illis conſtet, voluiſſe teſtatorem admitti ſubſtitutum, altero tantùm ex inſtitutis deficiente; ſed ad ſummum, quòd eſt dubium de hoc. Et ita ſuccedit prædicta regula in fauorem conjuncti, ſeu inſtituti, qui adiuit, vt præferri debeat ſubſtituto, ex præſumptione qua inſtituti cenſentur magis lecti, quàm ſubſtituti, vt per *l. Publius, §. 1. ff. de Condit. & demonſtr.*

Dicit ad hoc Politus *dict. numer.* 63. *prope finem*, illam præſumptionem maioris dilectionis reſpectu inſtituti nihil in præſenti valere; quòd inſtitutus ſolùm in parte ſua ſit magis dilectus, quàm ſubſtitutus, ideſt, in ea parte in qua ſpecialiter fuit dilectus, ſeu inſtitutus, non verò in parte cohæredis. Hoc tamen facilè refellitur. Primò, quia quando plures conjunctim ſunt inſtituti, (vt in noſtro caſu) tota hæreditas ſingulis datur, & partes fiunt concurſu, *l. Conjunctim*, 78. & ibi rem magis explicans Gloſ. *ff. de Leg.* 3. *l. vnica, §. His ita definitis, Cod de Caduc. tol.* Vnde qui ex illis hæreditatem adeunt, partem conjunctorum ſibi hæredum tanquam ſuam præocupant, vt habetur *in dict. §. His ita.* Ergo quando talibus hæredibus datus eſt ſubſtitutus, vt in præſenti, quilibet eorum eſt magis dilectus, quàm ſubſtitutus, non ſolùm quoad partem, ſed ſimpliciter quoad totam hæreditatem; cùm quilibet ad totam primo loco ſit vocatus, & ſubſtitutus non niſi ſecundo loco, & in defectu inſtitutorum. Secundò, quia etiam quando plures eſſent inſtituti diuiſim, ſeu in diſtinctis partibus hæreditatis, & illis eſſet datus ſubſtitutus, adhuc quilibet illorum debet ſimpliciter, & abſolutè cenſeri magis dilectus à teſtatore, quàm ſubſtitutus; cùm quilibet ſit abſolutè, & ſimpliciter vocatus ad ſuam partem, & ſubſtitutus ad nullam ſit vocatus niſi ſub conditione, & in defectum alicujus: quòd maius beneficium ſingulis inſtitutis impenſum planè oſtendit quemlibet illorum fuiſſe magis charum teſtatori, quàm ſubſtitutum; & ſic niſi ſufficienter appareat, quòd teſtator voluit ſingulos inſtitutos priuare jure accreſcendi, vel non decreſcendi, ad hoc vt ſubſtitutus, quolibet eorum deficiente ad ejus portionem admitteretur, id non debet præſumi, ſed oppoſitum. 206

Confirmatur, & declaratur ampliùs
207 prædicta ſententia. Primò, quia quando plures ſunt inſtituti conjunctim, vt in caſu propoſito, omnes ad vnum corpus reducti ſint, *d. §. His ita definitis*, & ſic ſunt inſtituti indiuiſè, ita vt hæreditas intelligatur tota omnibus, & tota ſingulis data, vt ex eodem textu patet: ergo etiam ſubſtitutio illis facta, ſi hæredes non erũt, debet intelligi indiuiſè, & tanquam vni facta, ita vt ex vi illius non poſsit ſubſtitutus ſuccedere in partem hæreditatis, ſed in totam, & conſequenter ſolùm poſſit admitti omnibus inſtitutis deficientibus. Secundo, quia ſpectato communi vſu loquendi, iſta indefinita: *Titius, & Seius à Petro inſtituti non fuerunt ejus hæredes*, non verificatur per hoc, quod alter illorum non fuit hæres. Nam ſi v.c. quidam ex filijs Petri ſint puberes, & quidam impuberes, non erit verum dicere, abſolutè loquendo, quòd filij Petri non ſunt puberes. Et ratio eſt, quia juxta cõmunem acceptionem, propoſitio indefinita æquipollet vniuerſali; vt idem valeat, *Non ſunt puberes: Non ſunt, aut non fuerunt hæredes*, acſi dictum eſſet, *Nullus eorum eſt pubes, Nullus hæres*, &c. Ex quo patet, non ſatis eſſe, quod vnus ex inſtitutis non fuerit hæres, ad hoc vt intelligatur verificata conditio ſubſtitutionis, *Si hæredes non erunt*, & ſic in noſtro caſu non eſt locus ſubſtituto, niſi omnibus inſtitutis deficientibus.

208 Hæc ſententia nobis videtur probabilior. Vnde ad fundamentum contrariæ adductum *num. 199. & ſeqq.* negamus antecedens, & ad primam ejus probationem negamus conſequentiam: nam hæ propoſitiones: *Sunt hæredes, & Non ſunt hæredes*, non ſunt contradictoriæ, ſed contrariæ vniuerſales, quæ licèt non poſſint eſſe ſimul veræ, at poſſunt eſſe ſimul falſæ, vt patet in his: *Omnis homo eſt ſenex, & Nullus homo eſt ſenex*: & tales in noſtro caſu ſunt illæ. *Sunt hæredes, & Non ſunt hæredes*: quia æquipollent his, *Quilibet ex inſtitutis eſt hæres: & Nullus ex inſtitutis eſt hæres*: quas patet eſſe falſas, quando vnus fuit hæres, & alter non fuit hæres, vt in noſtro caſu.

Ad ſecundum reſpondetur, has propoſitiones; *Promittens ſtitit illos tres ſeruos, & Non ſtitit illos*, non eſſe vniuerſales, ſed particulares, imò ſingulares, & cõtradictorias, cùm in eis eadem actio ſiſtendi tres ſeruos abſolutè affirmetur, & negetur de vna, & eadem perſona ſingulari, nẽpe de domino, qui promiſit: vnde neceſſe eſt, vt ſi affirmatiua, *Stitit illos ſeruos*, eſt falſa: oppoſita negatiua ſit vera, ex regula Dialecticorum, quod contradictoriæ non poſſunt eſſe ſimul veræ, nec ſimul falſæ; igitur licèt ille promittens ſtiterit vnum ſeruum, non mirum quòd ſtipulatio fuerit commiſſa, cùm adhuc verũ ſit, eum non ſtitiſſe illos tres ſeruos. In noſtro autem caſu, illæ propoſitiones; *Inſtituti ſunt hæredes, & Inſtituti non ſunt hæredes*; æquipollent vniuerſalibus contrarijs, quæ poſſunt eſſe ſimul falſæ, vt declaratum eſt: & ideo quamuis vno ex inſtitutis repudiãte falſa ſit affirmatiua, *Sũt hæredes*, bene cum hoc ſtat, quòd etiam oppoſita negatiua, *Non ſunt hæredes*, eſt falſa, altero adeunte, cùm æquipolleat huic, *Nullus ex inſtitutis eſt hæres*. 209

Ad tertiam reſpondet Barth. & communiter DD. teſte Trentacinq. *d. cap.* 17. *num.* 10. *in d. l. fin.* per illa verba, *Si hæres non ſit*, relata immediatè ad ſeruum, & vltimatè ad perſonas dominorum, non cenſeri dominos conjunctim vocatos, ſed ſeparatim, ideſt, pro partibus, quas in ſeruo habent, vt in ſimili, quando aliqua proprietas ſeruo communi legata eſt, expreſsè habetur *in l. Et Proculo*, 20. *ff. de Leg.* 2. & ideo mirum non eſt, quòd ad partem repudiatam admittatur ſubſtitutus, non verò dominus, qui acceptauit. In noſtro autem caſu fuere hæredes inſtituti conjunctim, vt dictum eſt. Si autem quæras, cur illi domini non cenſeantur conjunctim vocari? Reſpondeo ex Barth. *in d. l. Et Proculo, & in l. Si duobus*, 41. & ex Gloſ. *ibid. ff. de Leg.* 2. quòd quando domini vocantur mediante perſona ſerui, non conjunguntur per verba teſtatoris; ſed per legem, quæ facit, vt ex vno deueniatur ad plures, nec etiam 210

ſunt

ſunt conjuncti re, cùm non faciant partes per concurſum, ſed partes dominicas, id-eſt, quæ reſpondent partibus pro quibus ſunt domini illius ſerui. Vnde ſatis apparet meritò non cenſeri vocatos conjunctim à teſtatore, ſed ſeparatim, ac diuiſim pro partibus, quas in ſeruo habent.

211 Ad vltimam probationem reſpondetur, quòd non obſtante textu *in d. §. Cum ita, & ſimil.* ſentiunt plurimi DD. quòd etiam in ſubſtitutione Fideicommiſſaria, quando quis ſubſtituitur pluribus in tota hæreditate ſub aliqua conditione implēda in eorum perſonis non eſt locus ſubſtitutioni, niſi conditio in omnium perſonis impleatur, ſiquidem in eo tantùm caſu poteſt ſubſtitutus conſequi totum. Quam ſententiam tenent Barth. *in l. Quidam teſtamento, argum. illius tex. ff. de Vulgari.* & ibi Bald. & Aret. pluresque alij, quos refert Mantica *lib.* 11. *de Conjectur. vlt. volunt. tit.* 5. *numer.* 24. Trentacinq. *de Subſtitutionib p.* 2. *cap.* 6. *numer.* 29. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 473. *numer.* 6. Vnde ad text. *in d. §. Cum ita,* qui videtur probare contrarium, variè reſpondent Ripa ibid. *num.* 136. & Socin. jun. *num.* 94. *verſ. Ad ſecundum,* Mantica proximè cit. *numer.* 27. & Trentacinq. *d. cap.* 6. *numer.* 30. At tenendo contrariam opinionem, quæ multos etiam, & magnos DD. pro ſe habet, vt apud proximè citatos videre licet quòd ſcilicet, impleta conditione Fideicommiſſariæ in uno ex hæredibus grauatis, ſtatim ſubſtitutus admittitur ad ejus partem, licèt fuerit vocatus ad totum, vt in caſu *d. §. Cum ita,* reſpondemus, adhuc inde nō ſequi, quòd idem ſit dicendum in Vulgari ſubſtitutione, de qua noſter caſus procedit.

212 Ratio differentiæ duplici ex capite aſſignari poteſt. Primo, quia ſubſtitutio Fideicommiſſaria induci poteſt conjecturis, *l. Cùm proponeretur, ff. de Leg.* 2. & in ea mens præualet verbis, *l. Cùm virum, Cod. de Fideicommiſsis;* & ideo *in d. §. Cum ita,* receditur à verbis propter conjecturam voluntatis: ſubſtitutio autem directa conjecturis non inducitur; cùm per eam verè, & propriè inſtituatur hæres, ad quod verba expreſſa requiruntur, nec ſufficiunt conjecturæ, vt probauimus *diſp præced. ſect.* 4 *§* 1. *per l. Iubemus, C. de Teſtam.* & alia jura ibidem relata. Secundo, quia in ſubſtitutione Vulgari pluribus facta obſtat jus accreſcendi competens inſtitutis in portione, quæ vacauerit; quo jure non cenſentur priuari per dationem ſubſtituti, juxta regulam ſupra traditam, *num.* 197. In ſubſtitutione autem Fideicommiſſaria hoc obſtaculum non datur; cùm ea non habeat locum, niſi poſt aditam hæreditatem, quo tempore non eſt locus juri accreſcendi inſtitutis conceſſum, *l* 1. *§ Interdum, ff. de Vſufructu accreſcendo.* Hanc ſecundam differentiam aſsignat Barth. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, numer.* 4. *ff. Ad Trebel.*

Vtrum autem prædicta ſententia principalis procedat quando ſubſtituta eſſet pia cauſa? Negant Bald. *in cap. Si pater, col.* 18. *verſ. Quæro de vno, de Teſtam. in* 6. Iaſ. *in l.* 1. *col. fin. ff. de Vulgari, & in l. pen. col pen. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & Palcot *in ſubſcriptione ad conſil. Alex.* 93 *lib.* 3. Quia hujus cauſæ fauor videtur poſtulare, vt in dubio cenſeatur magis dilecta, quàm conjunctus. At oppoſitum tenet Ripa *in d §. Cum ita, num.* 98. & ibi Zanchinus, *num* 903. Alciat *in d. l.* 1. *num.* 83. *ff. de Vulgari,* vbi etiam Ripa, *num.* 198. & Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 17. *num.* 9. & hoc videtur probabilius, quia inſtituti ſemper intelliguntur magis dilecti, quàm ſubſtitutus, vt conſtat ex dictis maximè *num.* 206. Unde etiam præfata ſententia intelligitur procedere, licèt ſubſtitutus ſit filius teſtatoris, vt notat Trentacinq. *ſupra, num.* 7. 213

Limitanda verò eſt, vt non procedat, quando ſubſtitutus eſſet vnus ex inſtitutis, vt ſi teſtator Petrum inſtituiſſet ſimul cum alijs, addendo, quòd eum illis ſubſtituebat, ſi hæredes non forent: tunc enim, ſi vel vnus ex illis alijs repudiauerit, ſtatim Petrus ad illius partem admitti debet: quia cùm ſit conjunctus, & ſimul etiam ſubſti- 214

tutus, duplici titulo munitus eſt, & præſumitur magis dilectus à teſtatore: atque adeo in portione vacante cæteris præferri debet. Sic tenent Aretin. *in §. Vel ſingulis, col. 2. Inſt. de Pupil. ſubſt.* Corn. *in l. pen. num.* 8. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Curt. jun. *ibid. col.* 5. Crot. *in l. Re conjuncti, num.* 170. *ff. de Leg* 3. Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 4. *tit.* 11. *aliàs* 12. *numer.* 25. *verſ. Sed tamen.* Trentacinq. *d. cap.* 17. *num.* 20. & alij.

215 Intellige vero hanc limitationem, niſi ſubſtitutus eſſet inſtitutus disjunctim, alij verò conjunctim; vt quando teſtator ita diceret; *Inſtituo Caium, & Titium in ſemiſſe* (ideſt in ſex partibus hæreditatis) *& Petrum in alio ſemiſſe, eumq; illis alijs ſubſtituo, ſi hæredes non erunt.* In hoc enim caſu, ſi vnus ex illis conjunctis repudiet, non admittetur Petrus, ſed alter conjunctus per jus accreſcendi; idque licèt Petrus eſſet filius teſtatoris, alij verò extranei, vt tradit notabiliter Trentacinq. *d. cap.* 17. *num.* 7. Quia cùm alij ſint re, & verbis conjuncti in ſemiſſe, cenſentur quoad eam partem magis dilecti: & ideo in jure accreſcendi ſunt præferendi filio verbis tantùm conjuncto: quæ ſententia eſt Bartholi *in l. Re conjuncti, in tertio membro, ff. de Leg.* 3. & facit text. *in l. vnica, §. His ita, verſ. Si verò quidam, Cod. de Caduc. toll.*

216 Secundus caſus eſt, quando duobus, vel pluribus inſtitutis datus eſt ſubſtitutus copulatiuè; vt ſi teſtator inſtituto Caio, & Titio, diceret; *Si Caius, & Titius hæredes non fuerint, ſubſtituo Sempronium.* In hoc caſu idem omnino tenendum, quod in præcedenti; quia reverà eadem vtrobique eſt ratio, atque eadem juris fundamenta vt præter alios rectè intellexit Politus *in dict. q.* 25. vbi promiſcuè diſputat de vtroque caſu tanquam de vno, & eodem. Plerique tamen DD. diuerſitatem inter eos agnoſcunt, putantque maiorem eſſe rationem in hoc ſecundo caſu, vt ſubſtitutus non debeat admitti, niſi omnibus inſtitutis deficientibus, propter expreſſionem copulatiuæ, quæ non facit locum ſubſtitutioni, niſi Caius & Titius, cæterique inſtituti, ſi plures fuerint, repudiauerint, vel aliàs defecerint. Vnde nonnulli qui in præcedenti caſu tenent, debere admitti ſubſtitutum, vel vno ex inſtitutis repudiante, id in hoc caſu negant. Et qui in præcedenti ſentiunt, opus eſſe vt omnes inſtituti deficiant, ad hoc vt ſubſtitutus admittatur, hoc ipſum tanquam à fortiori in præſenti fatentur; licèt etiam non deſint, qui hoc in præſenti negent cùm oppoſitum in præcedenti admiſerint. Quidquid tamen de hac DD. varietate ſit, communis ſententia eſt, non admitti in hoc caſu ſubſtitutum, niſi in defectum omnium inſtitutorum, ſeu conjunctorum, vt videre eſt apud Manticam, *vbi ſupra verſ. Idem multò magis.* Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 13. *num.* 19. & Trentacinq. *d. cap.* 17. *numer.* 17. qui eam relatis plurimis tradunt ac ſequuntur: & multò plures pro illa adducit Fuſar. *de Subſtitut. q.* 54. *numer.* 3. inter quos eſt Gloſ. *in l. Hoc articulo, ff. de Hæred. inſtitut.* & Barthol *in auth. l. Hæredes mei, §. Cùm ita, numer.* 5. *ff. Ad Trebel.* alijsque in locis. Hæc igitur ſententia nobis eſt tenenda cum eiſdem ampliationibus, & limitationibus, atque ex eiſdem fundamentis, quibus hoc ipſum in præcedenti caſu defendimus; nam reverà idem in præſenti eſt verborum ſenſus, atque eadem ratio, vt conſideranti erit manifeſtum.

Vnde idem etiam tenendum eſt, ſi teſtator ita dixerit; *Si neque Caius, neque Titius hæredes erunt; ſit hæres Sempronius,* vel, *ſubſtituo Sempronium:* nam in hoc etiam caſu ſubſtitutio fit pluribus collectiuè, ſeu copulatiuè; & ſic niſi omnes deficiant non eſt locus ſubſtituto, ſicut in prædictis duobus caſibus ſtatuimus. Atque ita cum Barth. & alijs, quos referunt, docent Mantica, & Peregr. *vbi ſup.* & Trentac. *d. c.* 17. *n.* 21. eſtq; communiſſima ſententia, quam etiam tenet Politus *d. q.* 25. *n.* 60. *in princ.* licèt oppoſitū ſenſerit in prædictis duobus caſibus. Non 217

de-

deſunt tamen, qui etiam in hoc caſu contrarium teneant, videre eſt apud Fuſar. *dict. q. 54. numer. 7.*

218 Idem ſimiliter dicendum, quando ſubſtitutio facta fuerit pluribus nomine collectiuo, vt ſi teſtator dixerit, *Si vterque hæres non erit*; vel, *ſi ambo*, aut, *ſi omnes hæredes non erunt*. Nam licèt vno ex duobus repudiante verum ſit, quòd non ſunt ambo hæredes neque quod vterque eſt hæres, & ſic videatur verificari conditio illius ſubſtitutionis: attamen ſpectata mente teſtatoris, & communi etiam loquendi vſu, verba illa, *Si vterque hæres non erit*, vel, *ſi ambo hæredes non erunt*, habent hunc ſenſum, ſi vterque, vel ambo repudiauerint, vel aliàs defecerint: vel vt aptiùs loquar, ſi vterque, vel ambo noluerint, aut non potuerint eſſe hæredes: & ſic ſit ſubſtitutio pluribus collectiuè, proceditque eadem ratio, quæ in ſuperioribus caſibus, ad hoc vt non ſit locus ſubſtituto, niſi vterque, vel omnes inſtituti deficiant, & ita ſentiunt Barth. *in l. Heredes mei, 57. §. Cum ita, num. 5. ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. Imola, & Ripa, *num.* 111. Socin. jun. *num.* 77. Zanch. *numer.* 901. & alij communiter: idem Barth. *in l pen. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Bald. Caſtr. Alex. Iaſ. Decius, & plures alij, Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib. 4. tit.* 11. *aliàs*, 12. *num* 27. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 13. *num.* 56. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 17. *num.* 23. & 30. Fuſar. *d. q.* 54. *num.* 15. & alij, quos hi poſtremi referunt. Quæ ſententia, vt vides, receptiſſima eſt, licèt ab ea recedat Politus *d. num.* 60. *poſt med.*

219 Pari etiam ratione ſubſtitutus pluribus datus non admittetur, niſi omnibus deficientibus, quando ſubſtitutio illis eſt facta copulatiuè; vt ſi Titio, & Caio coinſtitutis, dictum ſit, *Si Titius, atque etiam Caius hæredes non erunt*; vel, *ſi Titius, item & Caius non erunt hæredes*; nam his, & ſimilibus formis ſit ſubſtitutio pluribus copulatiuè; atque adeò non eſt illi locus, niſi omnes deficiant, ita relatis alijs Trentacinq. *dict. cap.* 17. *numer.* 32. & *ſeq.*

Tertius caſus principalis eſt, quando ſubſtitutio facta eſt pluribus alternatiuè, vt ſi inſtituto Caio & Seio dictum ſit *Si Caius, aut Seius hæres non erit, ſubſtituo Titium.* In hoc caſu quolibet ex inſtitutis repudiante, ſubſtitutus admittitur ad illius portionem, & ceſſat jus accreſcendi competens conjuncto, quia in alternatiuis ſufficit alteram partem eſſe veram, *cap. In alternatiuis, de regul. jur. in 6. cap. Inter cæteras, de reſcriptis, l. Siquis ita ſtipulatus fuerit, ff. de Verb. obligat. l. Si is qui ducenta, §. Vtrum, ff. de Reb. dub.* Atque ita docent Polit. *de Subſtit. in rubrica de Vulgari, partic.* 3. *q.* 25. *num.* 60. *fine*, Mantica vbi ſupra *num.* 28. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 13. *num.* 34. Trentacinq. *de Subſtitutionib. cap.* 17. *numer.* 37. Fuſar. *d. q.* 54. *num.* 44. & multi alij quos referunt, eſtque communiſſima ſententia.

Ea verò limitatur primò, niſi inſtituti eſſent liberi teſtatoris, & ſubſtitutus extraneus: tunc enim ex præſumpta voluntate teſtatoris non admittitur ſubſtitutus, niſi omnibus inſtitutis deficientibus, ita omnes DD. proximè citati cum alijs quos referunt, inter quos eſt Gloſſa, & Barth. cæterique ſcribentes *in d. l. Qui ducenta, §. Item ſi pater, ff. de Reb. dub.* Probatur tum ex prædicto textu, juxta intellectum Gloſſæ communiter receptum: tum ea ratione, quia licèt verba repugnent, tamen veroſimile non eſt, quòd teſtator voluerit extraneum ſubſtitutum proprijs filijs præferre, *l. Cùm auus, ff. de Condit. & demonſtr.* & ideo vt abſurdum ceſſet, fauore liberorum alternatiua accipitur pro conjuncta, vt eſt text. *in l. Lucius, 85. ff. de Hæred. inſtit. & in l. Generaliter, in princip. & in §. 1. Cod. de Inſtitution. & ſubſtitut.* cum alijs quos affert, & in hanc ſententiam latè ponderat Trentacinq. *numer.* 39. contra Imolam, qui contrarium defendit. 220

Limitatur ſecundò, niſi præcedens inſtitutio facta eſſet alternatiuè, vt ſi dictum eſſet; *Inſtituo Titium, aut Seium; & ſi Titius, aut Seius hæres non erit, ſubſtituo Caium.* 221

Tunc enim ſubſtitutio non reſoluitur in ſingularitates, ſed vno ex inſtitutis adeunte expirat, & ſubſtitutus excluditur. Sic Barth. *in d. l. Si is qui ducenta, §. Item ſi pater*, per eum textum, quem in his terminis intellexit, *ff. de Rebus dub.* Ripa, Zanchus, & alij, quos refert & ſequitur Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 13. *num.* 54 *verſ. Secundo.* Et ratio eſt, quia ſubſtitutio regulatur juxta naturam præcedentis inſtitutionis: in præſenti autem apparet ex ipſa inſtitutione teſtatorem voluiſſe, vt vnus tantùm ex inſtitutis habeat totam hæreditatem; & ita ſufficit quod vnus tantùm adeat ad hoc vt ſubſtitutus excludatur.

223 Quartus caſus eſt, quando ſubſtitutio facta eſt pluribus diſtributiuè, vt ſi dictũ ſit; *Quiſquis*, aut, *ſiquis ex hæredibus ſcriptis hæres non erit, ſubſtituo Caium.* In hoc etiam caſu ſufficit quòd vnus ex inſtitutis repudiet, ad hoc vt ſubſtitutus ad ejus partem admittatur. Sic relatis alijs Mantica *d. num.* 28. & Trentacinq. *d. cap.* 17. *num.* 37. Ratio patet, quia diſtributiua reſoluitur in multas ſingulares, & operatur quaſi eſſent plures diſpoſitiones ſeparatæ, ac denumerationes, *l. Sicut in annos, verſ. Vnde tractatum, ff. Quibus mod. vſufruct. amit.* Et ſic perinde valet præfata ſubſtitutio, ac ſi dictum eſſet, *Si primus non erit hæres, ſubſtituo illi Caium, & ſi ſecundus non erit hæres, ſubſtituo illi eundem Caium.* Vnde ſatis liquet fieri locum ſubſtituto, quolibet eorum repudiante.

224 Dubitari autem hìc ſolet, vtrùm ſimiliter reſoluatur in ſingularitates ſubſtitutio facta pluribus hoc modo: *Inſtituo Seium, & Titium, quibus ſubſtituo Caium.* Reſpondent affirmatiuè Bald. *in l. pen. num.* 8 *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Jacob de Rauena, Angel. Imola, Corn. *col.* 3. & Curt. jun. *col.* 4. Ripa *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, ſub num.* 110. *ff. Ad Trebel.* & ibi Zanch. *num.* 908. & Trentacinq *d cap.* 17. *num* 41. Fundamentum eſt, quia de natura relatiui eſt, vt referatur ad plures ſingulariter, & non collectiuè, *l. Lucius Titius teſtamento, §. Lucius, ff. de Leg.* 2. Igitur per illa verba, *Quibus ſubſtituo Caium*, intelligitur ex proprietate illius relatiui, ſubſtitui Caium ſingulis inſtitutis: & conſequenter vel vno deficiente ad ejus partem admittendus eſt.

Hæc ſententia mihi eſt difficilis; quia ſi quando ſubſtitutio eſt facta pluribus, ſub illis verbis, *Si hæredes non erunt*, intelligitur facta omnibus collectiuè ex præſumpta voluntate teſtatoris; eoquòd cenſeatur magis dilexiſſe conjunctos, quã ſubſtitutum, vt tenet communis ſententia in primo caſu tradita; non video cur eadem voluntatis conjectura non habeat etiam locum in hoc caſu, quidquid ſit de proprietate relatiui: quod certè non ita neceſſariò refertur ad ſingulos, vt non poſsit etiam ſatis propriè referri, & intelligi relatum ad omnes collectiuè. Et ita non deſunt, qui in præſenti caſu ſentiant, intelligi debere ſubſtitutionem factam omnibus collectiuè, non obſtante dicto relatiuo. Ita enim ſentiunt Ripa ſibi cõtrarius *in l.* 1. *num.* 195. *ff. de Vulgari*, & ibi Alciat *num.* 44. *aliàs.* 87. quæ opinio mihi eſt valde probabilis; at cùm oppoſita videatur communiter recepta, non videtur ab ea recedendum. 225

Intelligenda verò eſt hæc ſententia niſi inſtituti eſſent deſcendentes teſtatoris, & ſubſtitutus extraneus, vt relatis multis tradit Trentacinq. *d. cap.* 17. *num.* 42. & Fuſar. *de Subſtit. q* 54. *num* 58. Ego adderem, vel aliàs ita chari teſtatori, vt veroſimile eſſet, quòd noluit eos priuare jure accreſcendi in fauorem ſubſtituti. Intelligit etiam prædictam ſententiam Trentacinq. *num.* 43. ſequendo Bald. & Rip. vt non procedat, quando relatiuum refert copulatim, ſeu conjunctim; tunc enim putat ſubſtitutum non admitti niſi omnibus repudiantibus. Exemplum eſſe poteſt, quando inſtitutis tribus, vel pluribus dictum eſſet, *Quibus omnibus ſubſtituo, &c.* Plures caſus ſeu ſubſtitutionis formulas affert Menchaca *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. *§.* 24. & Fuſar. *de Suſtit. q.* 54. apud quos, quia leuioris ſunt momenti, videndos omitto. 226

§. 14. *De*

§. 14. De caſibus, qui comprehenduntur in dicta conditione ſubſtitutionis Vulgaris; Si inſtitutus hæres non erit: *tam quando eſt ſimpliciter poſita, quàm cùm vnus tantùm caſus in ea exprimitur.*

SUMMARIUM.

E*Xplicantur termini hujus quæſtionis; num.*227.

Quando in ſubſtitutione ſimpliciter dictum eſt, Si hæres non erit, *comprehenditur tam caſus noluntatis, quàm impotentiæ; num.*228.

*Limitatur autem primò præfata reſolutio, vt non intelligatur comprehendi caſus noluntatis, quando ſubſtitutus eſt in poteſtate inſtituti. Rejicitur tamen hæc limitatio; num.*229.

*Limitatur ſecundò, vt non intelligatur comprehendi caſus impotentiæ ob mortem inſtituti, quando pater filio ſubſtitutus eſt; num.*230.

*Limitatur tertiò, vt non intelligatur comprehendi caſus, ex quo, ſi comprehenderetur, reſultaret abſurdum, vt quòd ſubſtitutus præferretur magis dilecto, v.c. filio, vel nepoti; num.*231.

*Vtrum quando pater filio ſubſtituit nepotem, ſecundùm conſilium Galli, & ipſi nepoti, ſi hæres non foret ſubſtituit extraneum, talis extraneus admittatur, ſi filius ſuperuixit teſtatori, & tam ipſe filius quam nepos ex eo natus, hæreditatem repudiauit? num.*232. *& ſeq.*

*Subſtitutio concepta expreſſè in caſum, quo inſtitutus nolit eſſe hæres, comprehendit etiam caſum, quo hæres eſſe nõ poſsit, & econtra; num.*234.

Conditio appoſita per teſtatorem ratione effectus, qui ex ejus implemento ſequitur, ſatis eſt quòd impleatur per æquipollens; ibid.

Conditio, quæ ineſt ex neceſsitate, ſeu ex ipſa rei natura, ſolùm apponitur ratione effectus, ſatisque eſt quòd impleatur per æquipollens; ibid.

*Prædicta extenſio ſubſtitutionis ad caſum non expreſſum etiam habet locum in legatis; num.*235.

Limitatur autem primò præfata reſolutio principalis tradita num. 234. *vt ſubſtitutio concepta in caſum noluntatis, non comprehendat caſum impotentiæ, quando eſſet facta in pœnam; numer.*236.

Limitatur ſecundò, vt non procedat, quando caſus exprimeretur, addendo, tunc, *&* eo caſu. *Rejicitur tamen hæc limitatio, & ſolùm admittitur, quando adderetur,* excluſiuè, tantum, *vel* non aliter; *num.*237.

*Limitatur tertiò, vt non habeat locum, quando teſtator prouidit expreſſè in vtrumque caſum: vt ſi ſubſtituit Seium, ſi inſtitutus nollet eſſe hæres; ſi autem non poſſet hæres eſſe, ſubſtituit Caium; num.*238.

*Vtrum ſubſtitutio facta poſthumo in caſum quo ille naſcatur, & repudiatâ, vel non adita hæreditate moriatur, extendatur ad caſum, quo ille natus non ſit? Prima ſententia negat: & multis fundamentis ſuadetur, quæ ſtatim excluduntur; num.*239. *& ſeqq. Contraria ſententia eſt longè communior, & probabilior, eaque defenditur; numer.* 244. *& ſeqq.*

*Conditiones voluntariæ admittunt extenſionem ad alium caſum ex præſumpta voluntate diſponentis; num.*243.

Conditiones, in quibus teſtator effectum conſiderauit, quamuis ſint voluntariæ extenduntur ad caſus, in quibus idem effectus ſequitur; ibidem.

*Prouiſio facta in vnum caſum extenditur ad alium non expreſſum, in quo teſtator idem veroſimiliter diſpoſuiſſet; num.*245.

*Subſtitutio facta ventri, ſi non naſcatur, extenditur ad caſum quo natus eſt, & ante aditionem mortuus eſt, vel repudiauit; num.*246.

*Subſtituti dati naſcituro admittuntur eo non nato; num.*247.

De natura Vulgaris ſubſtitutionis eſt, vt expreſſa in aliquem caſum comprehendat tacitè alium, in quo eadem ſit ratio, & effectus, niſi conſtet de contraria voluntate teſtatoris; num. 248.

Prædicta ſententia affirmans ſubſtitutionem factam poſthumo naſcituro, extendi ad caſum quo non naſcatur, non procedit, quando teſtator caſui expreſſo adhibuiſſet verba reſtrictiua: neque quando in vtrumque caſum ſpecialiter prouidiſſet; num. 249.

Ampliatur autem dicta ſententia, vt etiam procedat in Vulgari comprehenſa in Compendioſa facta poſthumo naſcituro: & in tacita Vulgari comprehenſa in Pupillari facta ventri naſcituro, numer. 250.

Ampliatur præterea vt procedat etiam, quando poſthumus fuit alteri ſubſtitutus, & ipſi poſthumo in pupillari ætate, vel quandocumque decedenti alius ſubſtitutus datus eſt; num. 251.

Quando quis inſtituit filium, & ſi is viuo ipſo teſtatore moreretur, ſubſtituit Titium, an ea ſubſtitutio extendatur ad caſum, quo filius mortuus ſit poſt teſtatorem hæreditate non adita? Prima ſententia negat; num. 252. Secunda probabiliùs affirmat; num. 253.

Subſtitutio non extenditur de tempore expreſſo ad tempus non expreſſum; num. 252. Id verò intelligitur de tempore expreſſo voluntariè: ſecus autem ſi tempus expreſſum inſit tacitè ex ipſa rei natura, ſeu ex neceſſitate, vt aiunt, cauſatiua; num. 254.

Subſtitutio extenditur etiam de tempore expreſſo voluntariè ad non expreſſum, quando in vtroque tempore militat eadem ratio; num. 255.

Si teſtator hæredi inſtituto ſubſtituit Caium, & huic, ſi viuo inſtituto, vel viuo ipſo teſtatore decederet, ſubſtituit Seium, admitti debet Seius, licet Caius primus ſubſtitutus deceſſerit poſt mortem inſtituti, & teſtatoris, ſi hæreditas non fuit adita, num. 256.

Vulgaris ſubſtitutio facta filio poſthumo, ſi non naſcatur, extenditur ad caſum quo natus ſit; ita vt ſi ante aditam hæreditatem decedat, admittatur ſubſtitutus per Vulgarem: ſi autem moriatur poſt aditam hæreditatem, ſed tamen ante pubertatem, ſubſtitutus admittatur per Pupillarem tacitam in illa Vulgari comprehenſam; num. 257. Id verò procedit, niſi mater talis poſthumi ſimul cum illo fuerit inſtituta, & viua ſit, quando ille moritur: & quomodo id ſit intelligendum? ibid. & numer. 258. & ſeq.

Quando ſubſtitutio facta eſt inſtituto ſub conditione in defectum conditionis, an talis ſubſtitutio extendatur ad caſum, quo conditio non impletur ante mortem inſtituti, impletur autem poſtea? num. 260.

Quando quis eſt inſtitutus hæres ex diuerſis partibus, & in aliqua illi eſt datus ſubſtitutus, an talis ſubſtitutus habeat locum, inſtituto adeunte ex ſola parte, in qua non eſt facta ſubſtitutio? Reſpondetur negatiuè; num. 261.

Inſtitutus ex diuerſis partibus hæreditatis, non poteſt adire vnam partem, omiſſâ aliâ, etiamſi in ea illi ſit datus ſubſtitutus; ibid.

Si ſubſtitutio ſit facta poſthumis naſcituris, an extendatur ad caſum, quo vnus tantùm poſthumus teſtatori naſcatur? Negant aliqui: alij verò probabiliùs affirmant; num. 262. Intelligitur autem hæc ſecunda ſententia, niſi egeretur de excludenda matre poſthumi nati, aliâue perſonâ magis dilectâ, quàm ſubſtitutus; num. 263.

Inſtitutio poſthumorum, ſiue ſit facta in numero plurali, vt Inſtituo poſthumos, *ſiue in ſingulari, vt* Inſtituo poſthumũ, qui mihi naſcatur, *intelligitur, & ſuſtinetur, ſiue vnus, ſiue plures naſcantur. Et idem eſt de ſubſtitutione poſthumorum; dict. num. 262.*

Subſtitutio declaratur per inſtitutionem, & ab ea recipit interpretationem; ibid.

DUodecima, & vltima quæſtio circa 227
dictam conditionem Vulgaris
ſubſtitutionis eſt, de caſibus in ea
com-

comprehenſis, in quibus inſtituto deficiente ſubſtitutus admittitur. Qua de re licèt nonnihil dictum ſit in principio hujus ſectionis, attamen ſolùm ibi attigimus, quæ neceſſaria viſa ſunt ad inculcandam diuiſionem ſubſtitutionis Vulgaris in Expreſſam, Tacitam, & Miſtam, reſeruatâ in hunc locum plenâ hujus rei tractatione. Quærimus ergo in preſenti, quinam caſus cenſeantur comprehendi ſub dicta conditione; tum quando teſtator ſolùm dixit, *Si inſtitutus hæres non erit:* tum quando aliquem caſum expreſſit, ſiue noluntatis, vt *Si noluerit eſſe hæres, ſi repudiauerit*, &c. ſiue impotentiæ, vt *Si non naſcatur, ſi me viuo moriatur*, &c.? Quos terminos hìc ampliùs non explicamus, cùm jam ex dictis in principio hujus ſectionis pateant. Maioris autem claritatis gratiâ, quæſtionem hanc particulatim expediemus, plures dubitationes ſub ea diſtinguendo, & explicando.

228 Dubitabis igitur primò, vtrum quando in ſubſtitutione ſimpliciter dictum eſt, *Si hæres non erit*, comprehendatur tam caſus noluntatis, quàm impotentiæ, perinde acſi dictum eſſet, *Si noluerit, aut non potuerit eſſe hæres?* Reſpondetur affirmatiuè ex omnium ſententia; quæ probari ſolet per *l. Cùm proponas*, 3. *Cod. de Hæred. inſtit.* quamuis hic textus reverà non ſit efficax, vt poſt Aretin. & alios aduertit Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 20. quia ſolùm ibi proponitur quædam ſubſtitutio facta his verbis; *Si hæreditatem meam adire noluerit, vel non potuerit.* Nihilominus tamen prædicta reſolutio eſt vera; ſiquidem inſpecta generalitate illorum verborum, *Si hæres non erit*, vterque prædictus caſus ſub eis continetur; cùm inſtitutus tam verè, & propriè non ſit hæres in vno, atque in alio. Tunc autem cenſetur exiſtere caſus noluntatis, ſeu deficientis voluntatis, quãdo conſtat inſtitutum nolle adire hæreditatem etiam in poſterum; quod fit quando hæreditatem repudiat: caſus verò impotentiæ, ſeu deficientis facultatis, tunc extitiſſe dicitur, cùm conſtat inſtitutum non poſſe adire hæreditatem, vt quia eſt mortuus, vel aliàs incapax adeundi, aut quia deficit conditio, ſub qua inſtitutus eſt: vel aliquâ aliâ de cauſa, vt *in d. l. Cùm proponas.*

229 Limitatur autem præfata reſolutio primò, vt per illa verba, *Si hæres non erit*, non intelligatur fieri ſubſtitutio in caſum noluntatis, quando ſubſtitutus eſt in poteſtate inſtituti. Quòd tunc non permittatur inſtituto repudiare hæreditatem, vt per *l. Iulianus, ff. Siquis omiſſâ cauſ. teſt.* & ſic ſolùm intelligatur facta ſubſtitutio in caſum impotentiæ. Ita Barth. *in l.* 1. *num.* 13. *ff. de Vulgari*, quem plerique ſequuntur, vt Bald. de Hubald. *tract. de Subſtitution. in rubrica de Vulgari, num.* 5. Barthol. de Hucio *tract. etiam de Subſtit. cap.* 1. *num.* 4. & alij. At contrarium tenent meritò Gloſ. *in d. l. Iulianus, verb. In caſu.* Socin. & Ripa *in d. l.* 1. & Trentacinq. *d. cap.* 1. *num.* 21. per ipſummet text. *in d. l. Iulianus*, vbi planè ſupponitur, quòd repudiante patre inſtituto, ſuccedit filia ei ſubſtituta, & ſolùm tali inſtituto non permittitur repudiare in fraudem legatariorum, ſtatuiturque eum per repudiationem non liberari à ſoluendis legatis.

230 Limitatur ſecundò, vt per dicta verba non intelligatur comprehendi caſus impotentiæ ob mortem inſtituti, quandò pater filio ſubſtitutus eſt, ſic limitant Aretin. *in d. l.* 1. *ff. de Vulgari*, Ruin. *conſil.* 6. *ſub num.* 11. *volum.* 3. & Trentacinq. *d. cap.* 1. *num.* 22. & ita etiam videtur ſentire Gloſ. *in d. l. Iulianus, verb. Votum, ff. Siquis omiſſâ cauſ. teſt.* licèt contrarium teneat Socin. *in d. l.* 1. Ducuntur per text. *in d. l. Iulianus, in* 2. *caſu*, vbi dicitur, quòd nemo filiæ patrem contra votum parentum ſubſtituere videtur: ſi autem in illa ſubſtitutione intelligeretur comprehendi caſus impotentiæ ob mortem filij inſtituti, id eſſet contra parentũ votum; cùm ſecundùm naturam parentum votum ſit, vt filij eis ſuccedant, non verò econtra.

231 Limitatur tertiò, vt non intelligatur comprehendi caſus, ex quo, ſi comprehenderetur, reſultaret aliquod abſurdũ; vt

vt

vt quòd ſubſtitutus præferretur magis dilecto, v.c. filio, vel nepoti, contra *l. Cùm auus, ff. de Condit. & demonſtr. & l. Cùm acutiſsimi, Cod. de Fideicommiſsis*: ſic Barthol. *in l. Si mater*, 33. §. 1. *num.* 2. *ff. de Vulgari*, Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumpt.* 65. *numer.* 29. & plures alij apud Fuſar. *de Subſtitutionib. q.* 31. *numer.* 47. Patet ex regula generali, quòd quælibet diſpoſitio ita debet intelligi, vt non ſequatur abſurdum, *l.* 1. §. *Vnde quæritur, ff. de Publican. l. Scire oportet*, §. *Aliud*, & ibi notat Bald. *ff. de Excuſat. tut. & l. Siue hæreditaria, in fine, ff. de Negot. geſt.* Et ne fiat aliquid contra præſumptam voluntatem teſtatoris, *l. Cùm acutiſsimi, Cod. de Fideicommiſ. cum ſimil.*

232 Hinc reſoluitur notabiliter quidam caſus, quem ponit Gloſ. *in d. l. Si mater*, §. 1. qui talis eſt. Inſtituit quis filium ſuum, & ſi is viuo ipſo teſtatore decederet, ſubſtituit ex Galli conſilio nepotem, qui ex illo naſceretur, ne ſi fortè filius viuo ipſo teſtatore decederet, nepos ex illo relictus ſe præteritum reperiens teſtamentum rumperet: ſi autem nepos hæres non foret, ſubſtituit extraneum: poſtea deceſsit teſtator, filio ſuperſtite: & tam ipſe filius, quàm nepos, qui ex eo natus fuit, hæreditatem repudiauit: Quæritur vtrùm admittendus ſit ille extraneus, qui nepoti, ſi hæres non foret, ſubſtitutus eſt? Reſpondent negatiuè Gloſ. & Barth. *loco cit.* Alex. *in l.* 1. *ff. de Vulgari*, Jaſ. *ibid num.* 30. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 1. *numer.* 23. & Fuſar. *d. q.* 31. *numer.* 92. Fundamentum Bartholi eſt; quia ille nepos non potuit eſſe hæres ex teſtamento aui: ſubſtitutio autem extranei non intelligitur ei facta, niſi in caſum quo ex teſtamento poſſet, & nollet eſſe hæres; quia alioqui ſequeretur abſurdum, de quo *numer. præcedenti* dictum eſt. Maior propoſitio hujus argumentationis, quòd ſcilicet ille nepos non potuerit eſſe hæres ex teſtamento aui, oſtenditur facilè; quia quando nepos ſubſtituitur filio ſecundũ conſilium Galli, talis ſubſtitutio cenſetur facta in Suitate, vt ſcilicet teſtamentum non rumpatur ob præteritionem hæredis Sui, ſi fortè defuncto filio ante teſtatorem, nepos ſe præteritum reperiat, *l. Gallus*, §. *Et quid ſi tantum*, & §. *Nunc de lege*, *ff. de Liber. & poſth.* talis autem ſubſtitutio euaneſcit, teſtatore ante filium decedente; ſiquidem ſuperſtite filio, ceſſat ratio, & conditio ipſius ſubſtitutionis, cùm nepos non fuerit vocatus, nec debuerit neceſſariò vocari, vt teſtamentum nõ rumperet, niſi in caſum, quo hæres Suus primi gradus, nempe filius non exiſteret. Et ſic in caſu propoſito non poteſt nepos ſuccedere ex teſtamento, & diſpoſitione teſtatoris. Quòd autem ſequeretur dictum abſurdum, ſi extraneus intelligeretur ſubſtitutus nepoti in caſum, quo nepos non poſſet ſuccedere ex illo teſtamento, probatur; quia ſi id intelligeretur, excluderetur nepos per extraneum, ne poſſet ſuccedere ab inteſtato in hæreditate aui à patre repudiata; ſiquidem dum eſt, qui poſsit ſuccedere ex teſtamento, vt in præſenti eſſet extraneus, non eſt locus ſucceſſori ab inteſtato, *l. Quamdiu inſtitutus*, 68. *ff. de Acquirend. hæred.* cui conſonat reg. *Quamdiu*, 90. *ff. de Regul. jur.* & ita præferretur extraneus nepoti in hæreditate aui, incideretur que in dictum abſurdũ. Ne igitur hoc ſequatur, concludit Barth. illum ſubſtitutum extraneum non cenſeri vocatum, niſi in caſum, quo nepos poſſet, & nollet eſſe hæres ex teſtamento: & conſequenter non eſſe locum tali ſubſtituto in caſu propoſito, cũ nepos ille ex teſtamento ſuccedere non potuerit, etiam patre repudiante. Diuerſo fundamento nititur Trentacinq. *loco cit. de Subſtit.* & videtur hæc reſolutio ſatis probabilis.

At oppoſitum cenſeo probabilius: aduerto enim dici poſſe ac debere in hoc caſu, illum extraneum cenſendum eſſe vocatũ à teſtatore in euentũ pro quo nepos neque ex teſtamento, neque ab inteſtato poſsit, aut velit eſſe hæres. Hoc enim admiſſo, ceſſat omnino prædictum abſurdum; ſiquidem tunc non impeditur nepos per ſubſtitutum extraneum, quominus repudiante patre poſsit ſuccedere 233

auo

uo ab inteſtato, ſi velit; ſi autem nolit, vt in caſu propoſito, & tunc extraneus admittatur, talis admiſsio non eſt contra voluntatem teſtatoris, ſed ſecundùm illam, cùm ponamus, illum extraneum eſſe vocatum in caſum, quo nepos nolit eſſe hæres, etiam ab inteſtato. Quòd autem cenſeri debeat dicta ſubſtitutio facta etiam in euentum, quo nepos nolit eſſe hæres ab inteſtato, probatur, quia licèt de jure ſit, quòd conditio ſubſtitutionis Vulgaris, *Si hæres non erit*, intelligitur de hærede ex teſtamento, *l. Hæres, Inſt. & ibi DD. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. l. Filium emancipatum, Cod. de Acquir. hæred.* id tamen fallit, ſi inſtitutus ſolùm poſsit ſuccedere ab inteſtato, & præſumptio ſit, quòd teſtator etiam in tali caſu noluit præferre illi ſubſtitutum, vt quandò inſtitutus eſt deſcendens teſtatoris, ſubſtitutus verò extraneus: tunc enim ſubſtitutus non cenſetur vocatus, niſi in caſum, quo inſtitutus neque ab inteſtato poſsit, aut velit eſſe hæres, vt probauimus *ſupra, § 4. numer.94.* & conſentit ex parte Trentacinq. loco ibidem relato: quæ doctrina in præſenti caſu militat, vt patet.

234 Dubitabis ſecundò, vtrum ſubſtitutio, ſeu ſubſtitutionis conditio, concepta expreſsè in caſum, quo inſtitutus nolit eſſe hæres, comprehendat etiam caſum, quo hæres eſſe non poſsit? & econtra, vtrum expreſſa tantùm in hunc ſecundum caſum, comprehendat etiam primum? Reſpondetur affirmatiuè ex communi ſententia; quam relatis multis tradidimus *in princip. hujus ſect. 2. num. 26.* vbi etiam attigimus quædam ejus fundamenta, omiſsis alijs, quæ apud DD. ibi citatos, maximè verò apud Trentacinq. videri poſſunt. Præcipuum verò fundamentum eſt, quia quando teſtator apponit conditionem, reſpiciendo ad effectũ, qui ſequitur ex ejus implemento, non oportet, quòd talis conditio impleatur in forma ſpecifica, ſed ſatis eſt, quòd ille effectus ſequatur, vndecumque id proueniat, *l Si mater, Cod. de Inſt. & ſubſt. l. Mulier, in princip. ff. Ad Trebel. l. Fideicommiſſa, §. Si cui, ff. de Leg. 3. l. Si ita, ff. Quando dies leg. ced* Barth. *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, num. 3. ff. de Liber. & poſthum.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 11. tit. 16. numer. 4.* & omnes: ſed in conditione ſubſtitutionis in alterum tantùm ex dictis caſibus concepta, cenſetur teſtator reſpexiſſe ad effectum, qui ex ejus euentu ſequitur, vt omnes admittunt: eſt enim conditio neceſſaria, ideſt, quæ ex neceſsitate ineſt, vt eſt indubitatum; cùm ſubſtitutio Vulgaris ſuapte natura requirat, quòd inſtitutus nolit, aut non poſsit eſſe hæres, vt ex dictis conſtat: in conditionibus autem hoc modo neceſſarijs reſpicitur ad effectum, ſatiſque eſt, vt impleantur per æquipollens, ideſt, per id, quod eundem effectũ habet, vt ex jure, & communi DD. tradidimus *diſp. præced. ſect. 9. §. 1. numer. 242. & ſeq.* Ergo, cùm ad locum ſubſtitutioni faciendum idem effectus ſequatur, ſiue inſtitutus nolit, ſiue non poſsit eſſe hæres, ſiquidem in vtroque caſu hæreditas vacat, non oportet, quòd eueniat caſus in conditione expreſſus, ad hoc vt illa cenſeatur impleta, ſed ſufficit, quòd eueniat non expreſſus, qui expreſſo æquipollet; & ſic vterque in dicta conditione, & ſubſtitutione comprehenditur.

Hæc reſolutio ampliatur, vt locum ſimiliter habeat in legatis, in quibus etiam vulgariter ſubſtitui poteſt, vt notauimus *ſect. 1. hujus diſp. num. 7.* & ſi in eis fiat ſubſtitutio in caſum noluntatis, ideſt, ſi legatarius repudiet, trahitur pari modo ſubſtitutio in caſum impotentiæ, quo ſcilicet legatarius non poſsit habere legatũ, & econtra: ſic Barthol. & Paul. Caſtr. *in l. Pater Seuerinam, ff. de Condit. & demonſtr.* Eſtque communis ſententia, teſte Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. cap. 1. ſub numer. 31. verſ. Et cum hæc,* licèt vnus, vel alter apud eundem refragetur. Eadem quippe ratio in legatis militat, quæ in hæreditate, vt conſideranti patebit. 235

Limitatur autem eadem reſolutio primò, vt ſubſtitutio concepta in caſum noluntatis non comprehendat caſum impotentiæ, quando eſſet facta in pœnam, vt 236

cùm

cùm hæreditas, vel legatum relinqueretur priori vocato ſub conditione nuptiarum, vel ſimili: & ſi eam implere nollet, relinqueretur alteri. Tunc enim ſubſtitutio non extenditur ad caſum, quo prior vocatus deceſsit antequam eſſet in mora parendi conditioni, & relictum aſſequi potuerit. Eſt caſus expreſſus *in d. l. Pater Seuerinam*; & ita relatis plurimis docent Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 65. num.* 30. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 31. *num.* 52. quòd ſubſtitutio non extenditur de caſu ad caſum, quando induceretur pœna. Et ratio eſt, quia pœna extendi non debet maximè in caſum, quo nulla eſt culpa, vt eſt caſus impotentiæ.

237 Limitatur ſecundò, vt non procedat, quando caſus exprimeretur, addendo, *tunc*, &, *eo caſu*; quod hujuſmodi dictiones ſint reſtrictiuæ, & ſic impediant extenſionem ad caſum non expreſſum. Ita Petrus de Anchar. *conſil.* 356. *numer.* 3. Decius *conſil.* 63. *num.* 2. *& conſil.* 315. *numer.* 2. & multi alij, quos citant, & ſequuntur Mantica *de Conject. vltim. vol. lib.* 3. *tit.* 14. *num.* 10. Trentacinq. *de Subſtitution p.* 1. *cap.* 1. *num.* 41. Menoch. *conſil.* 326. *num.* 16. *lib.* 4. & *d. præſumpt.* 65. *numer.* 28. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 31. *num.* 34. *& ſeq.* Ab hac tamen limitatione multi diſſentiunt, quos refert Menoch. *d. numer.* 28. eamque tot modis ſublimitant Mantica *ſub d num.* 10. Fuſar. *d. q.* 31. *à num.* 37. & alij quos referunt, vt vix vnquam poſsit habere locum: & mihi quidem abſolutè, & ſimpliciter rejicienda videtur: ſi autem teſtator adjiceret dictionem, *tantùm*, vel, *non aliter*, tunc omnino, & abſque vlla modificatione extenſio ad caſum non expreſſum impeditur. Sic relatis alijs Mantica *vbi ſupra verſ. Sed tamen, ad fin.* & Fuſar. *d. q.* 31. *num.* 41. Sunt enim hæc verba adeo præciſiua, vt omnem omnino extenſionem excludant: vnde etiam formam inducere cenſentur, vt Pariſius, Rolandus à Valle, & alij apud Fuſar. notarunt.

238 Limitatur tertiò, vt non habeat locum, quando teſtator prouidit ſpecialiter in vtrumque caſum, vt ſi conſtituit Seium, ſi inſtitutus nollet eſſe hæres: ſi autem nō poſſet eſſe hæres, ſubſtituit Caium: tunc enim non fit extenſio de vno caſu ad alium: ſic Ripa *in l.* 1. *num.* 98. *ff. de Vulgari* Socin. ſen. *conſil.* 76. *col.* 5. *lib.* 3. Fulgoſ. *conſil.* 49. *col.* 2. *verſ. Supereſt igitur*, & alij, quos citant, & ſequuntur Trentac. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 39. Menoch. *conſ.* 171. *num.* 18. *& lib.* 4. *de Præſumpt. præſumpt.* 65. *numer.* 31. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 31. *num.* 54. Ratio eſt, quia extenſio ab vno caſu ad alium fit ex conjectura, quòd illa ſit voluntas teſtatoris: talis autem conjectura ceſſat vbi habetur expreſſa prouiſio, & diſpoſitio teſtatoris, *l. Maritus, Cod. de Procurator. l. vlt. Cod. de Pactis conu.* & in ſpecie id probat tex. *in l. Cùm ex filio, §. Filius, ff. de Vulgari.* Hinc colliges, ſi in propoſita ſpecie eueniat caſus impotentiæ, & Caius in talem caſum ſubſtitutus non poſsit, aut nolit ſuccedere, non debere admitti Seium, qui ſubſtitutus eſt in caſum noluntatis.

Dubitabis tertiò, vtrum ſubſtitutio facta poſthumo naſcituro extendatur ad caſum, quo ille natus non ſit: vt quando quis inſtituit poſthumum, quem naſciturum ſperabat, & ſi ille ante aditam hæreditatem moreretur, vel illam repudiaret, ſubſtituit Seium: an ſi poſthumus non naſcatur, admittendus ſit Seius, acſi in caſum etiam non nati poſthumi ſubſtitutio facta fuerit? Circa hanc dubitationem magna jam olim extitit altercatio inter L. Craſſum qui partem affirmatiuam, & Q. Mutium Scæuolam qui negatiuam tuebatur, vt refert M. Tullius *in Orat. pro Cæcinna* vbi teſtatur ſecundùm Craſſi opinionem judicatum fuiſſe. Adhuc tamen durat controuerſia, & multis pars negatiua magis placet. Eam defendunt Oldrad. *conſ.* 177. Roman. *in l. Quandiu inſtitutus, ff. de Acquir. hæred.* Ruinus *in l. Hæredes mei, §. Cùm ita, num.* 6. *& ſeq. ff. Ad Trebel. & conſil.* 104 *num.* 4. *& conſil.* 172. *num.* 4. *lib.* 2 Ripa *in l.* 1. *num.* 96. *ff. de Vulgari*, Joan. Andr. *in addit. ad Specul. tit. de Teſtam. §. In primis, in additione magna, verſ. Occurrit hic nouiſſimus caſus*; Fulgoſ. *conſ.* 49. Anchar. 239

conſ.

*conſ.*359. Corneus *conſ.*199.*num.*32.*lib.* 2 Caſtr. *conſ.*219.*num.*1.*lib.*1. Alex.*conſil.*1.*num.*9.*lib.*1.*&* *conſil.*188.*num.*7.*lib.* 2. Peregrin. *conſ.* 55. *lib.* 2. & plures alij, quos refert Mantica *lib.*11.*de Conjectur. vlt.vol.tit.*6. *num.* 1. Menoch. *de Præſumpt.lib.*4.*præſumpt.*65.*num.*21. & Fuſar. *de Subſtit.q.*64.*num.*14.

240 Mouentur primò per *l. Commodiſsimè, ff. de Liber. & poſthum.* vbi ſi teſtator dicat; *Inſtituo poſthumum, ſi me viuo naſcatur*, non intelligitur inſtitutus poſthumus, qui mortuo teſtatore natus fuerit. At hic textus non vrget; nam præter alias reſponſiones quibus illi ſatisfaciunt contrariæ ſententiæ defenſores, illa eſt ſatis facilis,& communiter approbata, quam affert Fuſar. *ſupra, num.* 17. quòd ſcilicet per *d.l. Commodiſsimè*, ſolùm excluditur extenſio ad caſum, in quo inducitur diuerſa perſona: nam licèt inſtitutus, de quo ille text. loquitur, ſit eadem perſona quoad ſubſtantiam in vtroque caſu,attamen non eſt eadem quoad qualitatem accidentalem; quoniam ſi naſcatur viuo patre, dicetur ſimpliciter filius, & manebit ſub poteſtate patris; ſi autem mortuo patre naſcatur, dicetur poſthumus, & non erit ſub patria poteſtate, habebitque alias differentias accidentales. Quæ perſonarum diuerſitas meritò impedit ne prouiſio in vnum caſum extendatur ad alium, nam voluntas, & affectio teſtatoris determinata ad vnam perſonam, non porrigitur ad aliam,cùm ſit diſſimilis, & diuerſæ rationis. In noſtro autem caſu non inducitur diuerſa perſona ſubſtituti: & ſic non valet in eo argumentum *ex d l. Commodiſsimè.*

241 Mouentur ſecundò, quia naſci, ac mori non adita hæreditate, & non naſci,ſunt caſus contrarij, ac valde diſsimiles; cùm in vno ponatur exiſtentia, in alio non exiſtentia: ſubſtitutio autem directa,licèt admittat extenſionem de caſu ad caſum, attamen non eam admittit ad caſum contrarium, vel diſsimilem Barthol. *in l.Gallus, §.Et quid ſi tantum, num.*7.*ff.de Liber. & poſthum.* Angel. *in l.Si pater filium, ff. de Vulgari*, Trentacinq. *de Subſtitut.p.*1.*cap.*1. *num.*31. & alij communiter. Verùm ad hoc etiam reſpondetur facilè in ſpecie, de qua loquimur illos caſus non eſſe contrarios, neque diſsimiles in ratione, & effectu, ad quem teſtator reſpexit; ſi quidem in vtroque vacat hæreditas, & eſt eadem perſona ſubſtituti, eademque circa illam teſtatoris affectio.

242 Mouentur tertio ex eo, quòd conditio debet impleri in forma ſpecifica *l. Cohæredi. & l. Mæuius, ff. de Condit. & demonſtr.* præſertim quando conditio eſt voluntaria, Barth. *in d. §. Et quid ſi tantum, numer.* 2. *&* 3. & communis: conditio autem dictæ ſubſtitutionis, *Si poſthumus naſcatur, & repudiet*, eſt voluntaria: ergo non debet cenſeri impleta, per hoc, quòd poſthumus natus non fuerit: & ſic illo non nato non eſt locus ſubſtitutioni.

243 Sed hoc etiam argumentum facilè excluditur. Primo, quia etiam conditiones voluntariæ admittunt extenſionem ad alium caſum ex præſumpta voluntate diſponentis. Alex. *conſ.* 148. *col.*5. *lib.*2. Curt.Jun. *conſil.* 83. *num.* 5. Patris *conſil.* 20. *numer.*41. Dec. *conſil.* 427. *numer.* 2. & in ſpecie Menoch. *dict. præſumpt.* 65. *numer.* 16. & Fuſar. *dict. quæſt.* 64. *numer.* 28. qui plures referunt: in præſenti autem præſumitur mentem teſtatoris fuiſſe, vt etiam non nato poſthumo ſubſtitutus admitteretur, cùm in tali caſu eadem ſit ratio, & effectus; atque ſi poſthumus naſceretur, & repudiaret. Secundò, quia teſtator apponendo dictam conditionem conſiderauit effectum, vt poſthumo deficiente ſuccederet ſubſtitutus, qui effectus ſequitur, ſiue poſthumus naſcatur, & repudiet, ſiue non naſcatur: conditiones autem voluntariæ, in quibus teſtator effectum conſiderauit extenduntur ad caſus, in quibus ſequitur idem effectus, Barthol. *in l.* 1. *col. vltim. Cod. de Condit. inſer.* Angel. *in l. Paterfamil. ff. de Hæred. inſtitut.* & plures alij, quos citant,& ſequuntur Mantica *lib.*11.*de Conject.vltim.vol.tit.* 16.*n.*4.&Fuſar.*d.q.*64.*n.*29.*&* *q.*31.*n.*59.

Tertiò, quia ſatis probabile eſt, quòd etiam per caſum ſimilem poteſt impleri conditio, vt relatis multis tradit Menoch. *d. præſumpt.* 65. *num.* 15. & Fuſar. *d. q.* 64. *num.* 3. Tandem quia dicta conditio, *Si naſcatur*, cenſeri debet neceſſaria; quia vt poſthumus non poſſet inſtitui, niſi ſub conditione, *Si naſceretur*, ita non potuit ei ſubſtitui, niſi tali conditione ipſi inſtitutioni adhibitâ. Ita cum alijs Fuſar. *ſupra, num.* 31. conſtat autem conditionem neceſſariam non oportere quòd impleatur in forma ſpecifica, ſed ſufficere per æquipollẽs, vt tradimus *diſp. præced ſect.* 9. §. 1. *n.* 242. *& ſeq.* eſtque indubitatum.

244 Pro contraria igitur parte quæ tuetur debere admitti dictam extenſionem ad caſum poſthumi non nati, ſtat longè communior, & probabilior ſententia; quam ſequuntur Barth. *in l.* 1. *num.* 12. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 33. Iaſon *num.* 28. Socin. ſen. *num.* 13. Ripa *num.* 168. alijque communiter, Bald. *in l. vlt. num.* 7. *Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Angel. *in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari*, Salicet. *in l. Si Teſtamentum, q.* 5. *principali, Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Imola *in l. Ab exhæredato, §. vlt. in fine, ff. de Leg.* 1. Aret. *in l. Quandiu*, 2. *num.* 7. *ff. de Acquir. hæred.* Fulgoſ. *conſ.* 90. Decius *conſ.* 227. *numer.* 2. *&* 3. *& conſil.* 238. *num.* 3. Surdus *conſ.* 236. *lib.* 2. & alij innumeri, quos citant, & ſequuntur Mantica *lib.* 11. *de Cõject. vlt. volunt. tit.* 6. *ſub num.* 1. *&* 2. Menoch. *lib.* 4. *de Præſumpt. præſumpt.* 65. *n.* 13. *& ſub num.* 21. Peregrin. *de Fideicom. art.* 15. *n.* 16. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *c.* 10. *n. vlt.* & Fuſar. *de Subſt. q.* 64. *n.* 1.

245 Probatur primò, quia prouiſio facta in vnum caſum extenditur ad alium caſum non expreſſum, in quo teſtator idem veroſimiliter diſpoſuiſſet, *l. Quo loco, ff. de Hæred. inſtit. l. Seruo, ff. de Condit. & demonſtr.* vnde dici ſolet, quòd illud haberi debet pro diſpoſito, de quo ſi teſtator fuiſſet interrogatus, veroſimiliter reſpondiſſet, ſic ſe velle, Gloſ. *in l. Tale pactum, §. Qui prouocauit*, & ibi Iaſ. *ff. de Pactis* Dec. poſt alios *conſil.* 89. *num.* 1. *& conſil.* 227. *num.* 10. Tiraq. *in l. Si vnquam, verb. Libertis, n.* 22. *C. de Reu. donat.* Menoch. *d. præſumpt.* 65. *n.* 5. & alij. Eſt autem pluſquam veroſimile quòd in noſtro caſu, ſi teſtator fuiſſet interrogatus, an vellet vt ſubſtitutus ſuccederet poſthumo non nato, incunctanter reſpondiſſet, ſe velle: quia ſi eum dilexit, poſthumo nato, & ante aditam hæreditatem mortuo, eundem non minùs dilexiſſe credendum eſt, poſt humo non nato, cùm nulla probabilis ratio differentiæ inter vnum, & alterum caſum conſiderari poſſit.

Probatur ſecundò argum. text. *in l. vltim. Cod. de Inſt. & ſubſt.* vbi ſubſtitutio facta ventri, ſi non naſceretur, extenditur ad caſum, quo natus eſt, & ante aditionem mortuus eſt, vel repudiauit, vnde etiam econtra, ſubſtitutus datus poſthumo naſcituro admittetur eo non nato; cũ eadem ſit ratio. 246

Tertiò, eſt bonus text. pro hac parte *in d. l. Ab exhæredato, §. vlt. ff. de Leg.* 1. qui ſic habet. *Cum à poſthumo ita legatur, ſi hæres erit, & non nato poſthumo, ſubſtituti adeant: legata debere eos exiſtimandum, quæ ille ſi viueret, debiturus erat.* Vbi vides ſubſtitutos datos naſcituro admitti, eo nato. 247

Tandem, vt alias omittam probationes, quas Menoch. & Fuſar. *loco ſupra citat.* congerunt, ea mihi videtur optima, quia de natura Vulgaris ſubſtitutionis eſt, vt expreſſa in aliquem caſum cõprehendat tacitè alium, in quo eadem ſit ratio, & effectus, niſi conſtet de contraria voluntate teſtatoris, vt ex dictis patet. In præſenti autem eadem planè eſt ratio, & effectus, poſthumo inſtituto non nato; atque ſi naſceretur, & repudiaret, vel ante aditionem obiret, vt nemo diffitetur: ergo ſubſtitutio in hunc ſecundum caſum expreſſa, etiam illum primum inſtituti non nati comprehendit, cùm de contraria voluntate teſtatoris non conſtet. Tota hæc argumentatio eſt euidens, & poſſet ampliùs illuſtrari plurimis exemplis, in quibus DD. admittunt extenſionem ſubſtitutionis à diuerſis caſibus expreſsis ad non expreſſos, propter identitatem rationis, & effectus, vt videri poteſt 248

apud

apud Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 3. *ſub num.* 10. & Menoch. *d. præſumpt.* 65. *num.* 6. *& ſeqq.* qui quamplurima huiuſmodi afferunt exempla, & nos etiam nonnulla inferius cum iudicio addemus.

249 Limitatur autem præfata ſententia, vt non procedat, quando teſtator caſui expreſſo adhibuiſſet verba reſtrictiua; neq; quando ſpecialiter in vtrumque caſum prouidiſſet, vt limitando reſolutionem dubitationis, *num.* 237. *& ſeq.* dictum eſt, eadem namque vtrobique eſt ratio. Non cenſetur autem reſtringi ſubſtitutio ad caſum expreſſum per dictionem, *Tunc*, à teſtatore adhibitã, vt relatis multis tradũt Menoch. *d. præſumpt.* 65. *n.* 24. & Fuſar. *d. q.* 64. *n.* 38. licèt nonnulli refragentur.

250 Extenditur vero dicta ſententia, vt etiam procedat in Vulgari comprehenſa in Compendioſa facta poſthumo naſcituro, vt notant Trentacinq. *de Subſtit. p.* 4. *cap.* 14. *num* 30. Menoch. *d. præſumpt.* 65. *num.* 23. & Fuſar. *d. q.* 64. *num.* 32. qui plures referunt; quamuis non pauci etiam apud Fuſar. contrarium teneant. Extenditur etiam, vt locum ſimiliter habeat in tacita Vulgari comprehenſa in Pupillari facta ventri naſcituro, vt nimirum ſubſtitutus admittatur, etiam ventre non nato, vt probat text. *in d. l. vltim. C. de Inſtit. & ſubſtit.* vbi Bald. & Caſtr. & text. *in l. Qui ventri, iuncta Gloſſa ibi, ff. de Ventre inſpic.* docentque Angel. *in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari* Alex. *in l.* 1. *num.* 33. *ff. eod.* & ibi Iaſ. *n.* 6. & Socin. ſen. *n.* 7. & alij, quos citat, & ſequitur Fuſar. *d. q.* 64. *num.* 34. *& ſeq.* vbi rejicit diſtinctionem, quam ponit Barth. *in d. l.* 1. *n.* 33. *ff. de Vulg.* vbi dicit, quòd aut venter deficit poſt mortem teſtatoris, vel paulo ante illam, ita vt teſtator non potuerit mutare teſtamentum: & tunc ſubſtitutus admittatur: aut deficit tanto tempore ante teſtatoris mortem, vt is teſtamentum mutare potuerit, & tunc ſubſtitutus excludatur: quam diſtinctionem alij etiam admittunt. At meritò quoad poſteriorem partem rejicitur: nam quòd teſtator potuerit teſtamentum mutare poſt ventris defectum, & non mutauerit, argumento potiùs eſt, quòd voluerit decedere cum eo teſtamento, & ſic conſeruare ſubſtitutionem in eo factam.

Extenditur quoque dicta ſententia, vt procedat etiam quando poſthumus fuit alteri ſubſtitutus, & ipſi poſthumo in pupillari ætate, vel quandocumq; decedenti alius ſubſtitutus datus eſt. Tunc enim ſi inſtitutus decedat, non adita hæreditate, & poſthumus ei ſubſtitutus non naſcatur, admittitur ſecundus ſubſtitutus ipſi poſthumo naſcituro datus. Sic contra Oldrad. *d. conſ.* 177. & ſequaces, tenent fere omnes, qui prædictam ſententiam tuentur, vt videre eſt apud Menoch. *d. præſumpt.* 65. *ſub n.* 21. vbi plurimos refert. 251

Dubitabis quartò, quando quis inſtituit filium, & ſi is viuo ipſo teſtatore moreretur, ſubſtituit Titiũ, filius autem mortuus eſt poſt teſtatorem, hæreditate non adita, an in tali caſu admittẽdus ſit ſubſtitutus? Reſpondent negatiuè Barth. *in l. Si mater,* 33. *§.* 1. *ff. de Vulgari,* & ibi Bald. & Caſtr. Angel. *in l.* 1. *§.* 1. *& in l. Si pater filium, ff. eod. & in l. Quandiu, vlt. ff. de Acquir. hæred.* Menoch. *conſ.* 326. *num.* 28. *& de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 65. *ſub num.* 39. & alij, quos refert, & ſequitur Fuſar *de Subſtit q* 31. *num.* 97. atque ita etiam videtur tenere Gloſ. vlt. *in d. l. Si mater,* § 1. Præcipuum fundamentum eſt, quia ſubſtitutio non admittit extenſionem de tempore expreſſo ad tempus non expreſſum, vt eſt receptiſsima DD. ſententia, quam relatis plurimis tradunt eos ſequendo Menoch. *d. præſumpt.* 65. *n.* 39. Peregr. *de Fideicom. art.* 15 *n.* 8. Fuſar. *de Subſt. q.* 33. *n.* 1. & Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 38. *per text. in l. Si quis ita, ff. de Vulgari,* vbi Barth. Caſtr. Iaſ. & alij communiter: ſi autem ſubſtitutio, de qua hìc loquimur, ſuſtineretur decedente inſtituto poſt teſtatorem, fieret extenſio à tempore ante mortem teſtatoris ad tempus poſt illam, vt patet: ergo non debet ſuſtineri. Cõfirmatur per text. *in l. Commodiſsimè, ff. de Liber. & poſth.* vbi poſthumus inſtitutus ſi viuo teſtatore naſcatur, non admittitur ſi naſcatur poſt illius mortem. 252

253 Nihilominus contrariam ſententiam, quòd ſcilicet ille ſubſtitutus admittendus ſit, quamuis inſtitutus mortuus fuerit poſt teſtatorem, tenent meritò Fulgoſ. *in l. fin. Cod. de Inſtit. & ſubſtit. col.* 2. *num.* 2 vbi dicit, ſe ita conſuluiſſe, Jaſon *in l.* 1 *col.* 5. *num.* 15. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin *col.* 14. *verſ. Tertiò limita*, Bald. *num.* 16 & Alex. *col.* 4. *num.* 11. Joan. de Imola *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, de Teſtam.* eſtque communis DD. *in d. l. Si mater*, §. 1. vt teſtatur Anton. Gom. eam ſequens *tom.* 1. *Var. cap* 3. *ſub num.* 10 *not.* 1. neque ab ea diſſentit Barth. loco pro oppoſita ſententia allegato: nam loquitur in caſu valde diuerſo, quem *ſupra, numer.* 232. expendimus: tenent etiam Menoch. *conſil* 621. *in princ. & conſ.* 1062. *à num.* 16. Trentacinq. *de Subſtitut p.* 1. *cap.* 1. *num.* 33. & alij, quos refert Fuſar. *d q.* 31. *num.* 17. Probatur ijſdem fundamentis, quibus ſuperiori dubitatione probauimus, ſubſtitutioné factam poſthumo, ſi non naſceretur, extendi ad caſum, quo natus eſſet: pari enim ratione præſentem reſolutioné probant.

254 Nec obſtat, quod pro oppoſita ſententia adducitur, ſubſtitutionem non extendi de tempore expreſſo ad non expreſſum; nam hoc intelligitur de tempore quod eſt expreſſum voluntariè; ſecùs autem de eo, quòd inerat ex ipſa rei natura, ſeu ex neceſsitate, vt aiunt, cauſatiua, vt tradunt Angel. Imola, & Alex. *in l. Gallus, in princip. poſt Gloſ vltim. ibi, ff. de Liber. & poſthum.* Jaſ. *in l. Si ita quis ſubſtituerit, num.* 5 *ff. de Vulgari*, Ruin. *in l.* 1 *num.* 43. *ff. eod.* Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si abſque liberis, num.* 29. *de Teſtam.* Socin. ſen. *conſil.* 140. *col. vltim. lib.* 1. Alciat. *reſponſ.* 492. *numer.* 24. *verſ. Quartò reſpondeo*, Menoch. *d. præſumpt.* 65. *num.* 40. Trentacinq. *de Subſtit p.* 1. *cap.* 1. *num.* 33 *verſ. Primò*, & alij. Quando enim exprimitur tempus quod ineſt ſecundùm rei naturam, videtur exprimi per modum quo inerat, & ſic potiùs demonſtratiuè, quàm taxatiuè, *l. fin.* §. *Titia, ff. de Libert. legat.* In noſtro autem caſu, tempus mortis filij ante teſtatorem, quod in ſubſtitutione fuit expreſſum, eſt de natura ipſius ſubſtitutionis, & ineſt tacitè, licèt non exprimatur; nã quod inſtitutus viuo teſtatore moriatur, pertinet ad caſum impotentiæ, qui eſt de natura inſtitutionis vulgaris, *l. Cum proponas, Cod. de Hæred. inſtit.* & patet ex dictis *ſupra, num.* 228. nec eſt dubium quòd hic caſus conſideretur, quocumque modo impotentia eueniat, vt poſt Barth. & alios ſcribit Dec. *conſil.* 1. *num.* 78. *lib.* 1. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 64. *num.* 12. Ergo ſubſtitutio de qua hìc loquimur, extenſionem admittit ad tempus non expreſſum, quo poſt teſtatoris mortem inſtitutus non poſsit, aut nolit eſſe hæres.

Accedit, quòd etiam admittitur extenſio de tempore expreſſo voluntariè ad tempus non expreſſum, quando in vtroque militat eadem ratio, vt tenent Gratus *conſi.* 125. *num.* 23. *lib* 2 Dec. *conſil.* 1. *num* 107 Menoch. *d. præſumpt.* 65. *num.* 41. & Fuſar. *de Subſtitut q.* 65. *numer.* 7. licèt contrarium teneat Oldo *conſ.* 59 *numer.* 28. Vnde ſi teſtator pupillariter ſubſtituit filio infanti, intelligitur etiam ſubſtituiſſe filio poſt infantiam vſque ad pubertatem, cùm militet eadem ratio prouidendi filio: quod exemplum ponit Menochius. In noſtro autem caſu militat ſimiliter eadem ratio, decedente filio poſt mortem patris, vt conſideranti erit manifeſtum. Ad confirmationem deſumptam ex *d l. Commodiſsimè*, reſpondetur, *vt ſupra, num.* 240. 255

Ex his colliges primò, ſi teſtator hæredi inſtituto ſubſtituit Caium, & huic, ſi viuo inſtituto, vel viuo ipſo teſtatore, decederet, ſubſtituit Seium, admitti debere Seium, licèt Caius primus ſubſtitutus deceſſerit poſt mortem inſtituti, & teſtatoris, ſi hæreditas non fuit adita, ſiquidem ſubſtitutio concepta in caſum impotentiæ, expreſſo tempore, quo euenict, extenditur ad caſum non expreſſum, qui alio tempore euenit, vt ex dictis conſtat. Et ita in ſpecie cum Joan. de Imola, & Alex. docet Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 3. *num.* 10. *not.* 2. 256

Col-

Colliges ſecundò, quod Vulgaris ſub-
257 ſtitutio facta filio poſthumo, ſi non naſ-
catur, extenditur ad caſum non expreſ-
ſum quo natus ſit; ita vt ſi ante hæredi-
tatem aditam decedat, admittatur ſubſti-
tutus per Vulgarem: ſi autem moriatur
poſt aditam hæreditatem, ſed tamen an-
te pubertatem, ſubſtitutus admittatur
per Pupillarem tacitam in illa Vulgari
comprehenſam. Sic cum Barth. Bald.
Caſtr. & communi Ant. Gom. *loco ſupra
citat. not. 5.* & conſtat per text. *in l. fin.
Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Aduerte autem,
in hoc textu poni limitationem, niſi ma-
ter talis poſthumi, quæ ſimul cum illo fu-
erit instituta, viua ſit quando ille mori-
tur; tunc enim eam debere ſuccedere, ex-
cluſo ſubſtituto: Quod Barth. intelligit,
licèt filius deceſſerit, hæreditate non adi-
ta: ita vt in hoc caſu cohæres per jus ac-
creſcendi excludat ſubſtitutum vulgarē.
258 At hoc reverà ex illo textu non colli-
gitur, ſed ſolùm quòd decedente illo filio
ante pubertatem, hæreditate jam adita,
non admittitur ſubſtitutus ex tacita Pu-
pillari in dicta Vulgari incluſa, ſed ſola
mater in hæreditate filij ſuccedit, nam in
d. textu dicitur, quòd tali poſthumo im-
pubere defuncto, cenſetur teſtator magis
voluiſſe matrem ejus ad illius venire ſuc-
ceſsionem, quàm ſubſtitutum: quòd lo-
cum non habet in caſu ſubſtitutionis Vul-
garis, ex qua ſoli teſtatori ſuccedıtur, vt
§. ſequenti oſtenditur, ſed tantùm in ca-
ſu Pupillaris, ex qua non teſtatori, ſed
pupillo ſuccedıtur, vt in præſenti ſubſti-
tutus ſuccederet, niſi ſtaret in medio pu-
pilli mater, quam juxta præſumptam teſ-
tatoris voluntatem, jus noluit quod ab
hæreditate filij, cujus legitima eſt hæres,
per ſubſtitutum ex tacita Popillari exclu-
deretur. Atque ita contra Barth. & ali-
os, dictum textum intelligunt Alex.
Bald. Imola, Angel. & Paul. Caſtr.
quos citat Mantica *lib. 5. de Conjectur.
vltim. voluntat. tit. 4. numer.* 8. & eti-
am Trentacinq. *de Subſtitut. p. 1. cap.
1. num.* 27. vbi refert Polit. *& cap. 13. ſub
num.* 13.
259 Aliunde autem ſatis probabilis eſt re-
ſolutio Bartholi, quam etiam probat Mā-
tica *vbi ſupra, num. 7. & lib. 4. tit. 11. ali-
às, 12. num.* 23. quod ſcilicet eueniente
dicto caſu non expreſſo præfatæ ſubſtitu-
tionis Vulgaris, mater pupilli, quæ cohæ-
res illius eſſet, ſubſtitutum excludit à ſuc-
ceſsione teſtatoris mariti ſui, nam licèt re-
gulare ſit, quòd ſubſtitutus præfertur cō-
juncto, ſeu cohæredi, *l. 2. §. Si duo, ff. de
Bonor. poſſeſ. ſecund. tab. l. vnica, § In
primo, & §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc.
tol.* id tamen fallit quando excluderetur
perſona magis dilecta, Gloſ. Barth. & alij
in l. Si mater, §. 1. ff. de Vulgari: in præ-
ſenti autem mater pupilli cenſetur magis
dilecta, quàm ſubſtitutus; tum quia eſt
vxor teſtatoris, tum quia fuit ab illo purè
inſtituta in parte hæreditatis; ſubſtitutus
verò in alia parte ſub conditione. Con-
traria tamen opinio eſt communis pro
qua plures id affirmantes refert Fu-
ſar. *de Subſtit. q. 60. n. 5.* quæ verò nobis
magis probetur infra ſuo loco aperietur.
Dubitabis quintò, quando facta eſt 260
ſubſtitutio hæredi inſtituto ſub conditio-
ne, in defectum conditionis, an talis
ſubſtitutio extendatur ad caſum quo
conditio non impletur ante mortem
inſtituti; impletur autem poſtea?
Exempli cauſâ: Titius fuit inſtitutus,
ſi certa nauis ex India venerit et ſi
non venerit, ſubſtituit Caium; Titius
autem pendente illa conditione mor-
tuus eſt, & ſic non potuit eſſe hæres;
poſtea verò nauis venit ex India, & con-
ditio impleta eſt: quæritur vtrum Cai-
us admittendus ſit, nihil obſtante,
quòd ſubſtitutio de illo fuerit facta, ſi
nauis non veniſſet? Reſpondendum vi-
detur affirmatiuè; quia mens teſtatoris
fuiſſe videtur, vt ſi nauis non veniſſet
viuente inſtituto, admitteretur ſubſti-
tutus; cùm eo ipſo quòd conditiona-
liter inſtitutus ante impletam conditio-
nem moritur, conditio cenſeatur defe-
ciſſe, & inſtitutio euaneſcat, locuſque
fiat ſubſtituto. Nihilominus contrari-
um tenent Bald. Paul. Caſtr. Angel. &
Imola, *in l. Qui ex duabus, ff. de
Acquir. hæred.* Angel. & Socin.

in l. 1. *ff. de Vulgari*, Oldr. *in prælud. de Compendioſa, p.* 2. *q.* 3. *verſ. Limitatur ſextò*, Trentacinq. affirmans eſſe communem, & receptam ſcribentium ſententiam *d p.* 1. *de Subſtit. cap.* 1. *num.* 36. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 31. *num.* 93. Probant per text. *in d l. Qui ex duabus*, eum valde ſubtiliter, & per multas ambages inducendo, vt videre poteris apud Trentacinq. nam in cortice illius textus ſolùm habetur, quod quando hæres fuit pro parte purè inſtitutus, & pro parte ſub conditione, ſi moriatur pendente conditione, & hæc poſt ejus mortem impleatur, pars illa conditionalis ad ejus hæredem deuoluitur.

261 Dubitabis ſextò, quando quis eſt inſtitutus hæres ex diuerſis partibus, & in aliqua illi eſt datus ſubſtitutus, an talis ſubſtitutus habeat locum, inſtituto adeunte hæreditatem ex ſola parte, in qua non eſt facta ſubſtitutio? Reſpondetur negatiuè per text. expreſſum *in l. Si ſolus, ff. de Acquir. hæred.* & ita docet Mantica *lib.* 4. *de Conjectur. vltim. vol. tit.* 11. *aliàs*, 12. *num.* 22. & Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 1. *numer.* 37. qui rationem reddit; quia ille inſtitutus adeundo partem, neceſſariò fit hæres in totum, ne teſtator maneat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus; quòd jus non patitur, *l. Ius noſtrum, ff. de Regul. jur.* & ſi dicas, id non ſequi in præſenti caſu; cùm pars non adita peruentura ſit ex teſtamento ad ſubſtitutum: vrgetur vlteriùs argumentum; quòd vt pars poſſet peruenire ad ſubſtitutum, opus eſſet quod inſtitutus hæreditatem diuideret: ille autem id efficere non poteſt: quia neque poteſt antequam adeat, cùm nondum ſit dominus; neque poſtea, quia per aditionem effectus eſt dominus in totum. Quod, ſi inſtes, illum fuiſſe inſtitutum in portionibus à teſtatore diſtinctis; & ſic quòd diuiſio eſt facta per teſtatorem. Reſpondetur, tunc cenſeri teſtatorem diuiſiſſe, quando in diuerſis partibus inſtituit diuerſos; in quo caſu vnus poteſt adire ſine altero, *l. Seruus quoque, poſt princip. ff. de Hæred. inſtit.* non ſic autem, quando vnum tantùm inſtituit; quia tunc aſſignatio partium diuerſarum non fit cauſâ diuidendi hæreditatem, ſed alio fine, ſicut diſtinctio partium in fundo fit gratiâ commodioris culturæ, remanente vnitate fundi, *l. Caius, ff. de Leg.* 2.

Dubitabis ſeptimò, ſi ſubſtitutio ſit facta poſthumis naſcituris, an extendatur ad caſum, quo vnus tantùm poſthumus teſtatori naſcatur? Negant Oldrad. *conſil.* 142. Joan. Andr. *in addit. ad Specul. tit. de Teſtam. §. In primis, addit. vltim. verſ. Quarta quæſtio*, Roman. *in l. quâdiu*, *a* 2. *col. vltim ff. de Acquir. hæred.* Corneus *conſil.* 199. *num.* 2. *lib.* 2. Dec. *conſil.* 287. *num.* 13. *&* 14. Burſat *conſ.* 19. *num.* 17. Crot. *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantùm, num.* 90. *&* 91. *ff. de Liber. & poſth.* & alij, quos adducit Fuſar. *de Subſtitut. q.* 64. *num.* 68. At contrarium tenent meritò Aretin. *in l. Placet, ff. de Acquir. hæred.* Ruin. *in d. §. Et quid ſi tantùm, num.* 4. Jaſ. *conſil.* 108. *lib.* 4. Alciat. *lib.* 3. *de Verb. ſignif. num.* 27. Decian. *conſil.* 1. *num.* 265. *verſ. Et ſimiliter reſpondetur, lib.* 1. Hieron. Gabr. *conſil.* 117. *numer.* 41. *& ſeq lib.* 1. & alij, quos referunt, & ſequuntur Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 65. *num.* 20. vbi teſtatur hanc eſſe communem ſententiam, & Fuſar. *d q.* 64. *num.* 69. Probatur, quia inſtitutio poſthumorum ſiue ſit facta in numero plurali, vt, *Inſtituo poſthumos*, ſiue in ſingulari, vt, *Inſtituo poſthumum, qui mihi naſcetur*, intelligitur, & ſuſtinetur ſiue vnus, ſiue plures naſcantur, *l. Placet*, 4. *fine, ff. de Liber. & poſthum.* quod Gloſſa ibi dicit mirabile propter fauorem inſtitutionis, & teſtamenti conſeruandi, & propter odium præteritionis, vt vitetur. Ergo etiam ſubſtitutio poſthumis facta, pari modo intelligenda erit; & ſic quamuis ſit illis facta in plurali numero ſuſtinebitur, licèt vnus tantùm naſcatur, vt etiam econtra facta in ſingulari habebit locum quamuis plures naſcantur. Nam pro regula traditur, quòd ſubſtitutio declaratur per inſtitutionem, & ab ea recipit interpretationem, continetque ea, quæ continentur in inſtitutione,

ne, *l.* 1. *& ibi DD. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Alex. *conſ.* 204. *num.* 6. *lib.* 6. Jaſ. *conſil.* 144. *num.* 12. *lib.* 4 Socin. ſen. *conſil.* 114. *in princip. lib.* 3. Ruin. *conſil.* 141. *numer.* 8. *lib.* 2.

Limitatur autem hæc reſolutio, vt nō procedat, quando ageretur de excludenda matre poſthumi nati, aliâue perſonâ magis dilectâ, quàm ſubſtitutus; nam tūc numerus pluralis poſthumorum, non verificabitur in ſingulari ad illam excludendam, ne fiat extenſio contra perſonam magis dilectam. Sic cum Burſat. *4. conſil.* 19. & alijs Fuſar. *ſupra, num.* 71. Aliæ dubitationes, ſeu caſus qui ex teſtantium arbitrio varij & diſtormes eſſe poſſunt, facilè ex prædictis reſolui poterunt: & ideo pluribus circa hanc materiam ſuperſedeo, quæ apud citatos DD. videri poſſunt, maximè verò apud Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 1. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 31. *&* 64.

§. 15. *De primo, & principali effectu Vulgaris ſubſtitutionis, qui eſt, devoluere ſucceſsionem, ſeu hæreditatem ad ſubſtitutum Et in primis, utrùm per illam ſuccedatur ſoli teſtatori?*

SUMMARIUM.

Quot effectus Vulgaris ſubſtitutionis numerentur? num. 264.

Ex Vulgari ſubſtitutione non continente Pupillarem ſoli teſtatori ſuccedit ur. Et idem eſt, quando Vulgaris Pupillarem continet, licè taliqui refragentur; num 265. *& ſeq.*

Repudiante, vel abſtinente filiofamil. cui pater expreſsè ſubſtituit vulgariter, ſuccedit ſubſtitutus per eam Vulgarem ſoli teſtatori, idque eo tempore, quo filius repudiat; per Pupillarem autem in illa Vulgari comprehenſa ſuccedit ipſi filio, cùm in Pupillari ætate deceddit; num. 266.

De neceſsitate Pupillaris ſubſtitutionis non eſt, quòd pupillus ſit re ipſa hæres patris; ibid.

Etiam per Vulgarem tacitam comprehenſam in Pupillati expreſſa ſoli teſtatori ſucceditur, idq; quando pupillus repudiat, & ſi ipſe pupillus poſtea decedat in pupillari ætate, ſuccedit ur etiam in ejus bonis per expreßam Pupillarem; num. 267.

Si pater, & pupillus, cui ipſe pater pupillariter ſubſtitueret, ſimul intereant, vt ex eodem fulmine, vel in eodem naufragio, an ſubſtitutus admittatur ex Pupillari ad bona pupilli, & ex Vulgari ad bona patris? num. 268. *& ſeq.*

In dubio, an pater, vel ejus filius impubes priùs obierit, filius præſumitur præmortuus; num. 269.

Vulgaris tacita comprehenſa in Pupillari expreſſa habet locum, & ſubſtitutus ex ea admittitur, quamuis mater pupilli ſuperſtes ſit; num. 270. *An id procedat licèt mater pupilli ſit ejus cohæres, id eſt, ſimul cum illo inſtituta? num.* 271.

Subſtitutus non admittitur ex dicta Vulgari tacita, ſi mater teſtatoris ſuperſtes ſit; num. 272. *Id verò intelligitur primò, niſi ſubſtitutus eſſet deſcendens teſtatoris; num.* 273. *Secundò, niſi agatur de Vulgari comprehenſa in Pupillari, in qua ſolùm exprimatur conditio,* Si in pupillari ætate deceſſerit; *numer.* 274.

Quinque principales effectus ſubſtitutionis Vulgaris diſtinxit Barthol. *in l.* 1. *num.* 18. *ff. de Vulgari*, quem cæteri ſcribentes ibidem ſequuntur: ac primum dixit eſſe, quòd in homine ſui juris intelligitur, *Si hæres non erit, vel mutatâ conditione alium hæredem non fecerit*, econtra verò in homine alieni juris. Quòd certè non eſt effectus, ſed tantùm conditio, quæ tacitè huic ſubſtitutioni ineſt, per quam ejus natura, & propria differentia explicatur. Quamobrem tacito ſemper nomine effectus illam expoſuimus §. 4. hactenuſque per plures quæſtiones magis explicuimus. Effectus ergo hujus ſubſtitutionis ad quatuor tan- 264

tùm capitales reducimus, quos etiam Bartholus, cæterique agnoſcunt, & ſunt ij, quos in fine principij hujus ſectionis aſsignauimus: quorum primus eſt, *deuoluere ſucceſsionem ad ſubſtitutum, & facere illum hæredem in ſecundo, vel alio vlteriori gradu.*

265 Circa hunc igitur effectum, qui certè primarius & ſubſtantialis eſt, illud ante omnia inquirimus, vtrùm per Vulgarem ſubſtitutionem ſuccedatur ſoli teſtatori, vel etiam ei, cui ſubſtitutio facta eſt. In hac quæſtione, ſi loquamur de Vulgari expreſſa non continente Pupillarem, vt quando eſt facta puberi, vel non exiſtenti in poteſtate teſtatoris, nulla prorſus eſt difficultas; planum eſt enim quòd ex tali ſubſtitutione ſoli teſtatori ſuccedituṙ cũ per eam non niſi ad teſtatoris hæreditatem ſubſtitutus vocetur. Et ita omnes tanquam indubitatum ſupponunt. Si autem loquamur de Vulgari Pupillarem cõtinente, qualis eſt, quam pater facit filio impuberi, ſi hæres non ſit; nonnihil apparet difficultatis, propter continentiam Pupillaris, ex qua in bonis pupilli ſuccediter, vnde aliqui exiſtimarunt, quòd per talem Vulgarem, non ſolùm ſucceditur teſtatori, ſed etiam pupillo, cui illa facta eſt: id quod probare videtur text. *in l.* 2. *§. vltim. verſ. Sed, etſi ita, ff. de Vulgari,* illis verbis; *Si filius hæres non extiterit, proculdubio Seius ei hæres erit*: vbi illud demonſtratiuum, *ei*, clarè videtur referri ad filium, cui impuberi pater ſubſtituerat Seium per Vulgarem expreſſam, vt ex textu conſtat.

266 Nihilominus communis, & veriſsima ſententia eſt, quòd etiam ex iſta Vulgari expreſſa Pupillarem continente ſolùm ſucceditur teſtatori, & in bonis illius, vt planè conſtat *ex Inſt. de Pupillari, in princip.* ibi: *Si quidem non extiterit hæres filius, tunc ſubſtitutus patri fit hæres:* vbi Gloſſa addit; *Et ſolius patris habet bona*; quod intelligitur ex dicta Vulgari; nam per Pupillarem tacitam in illa contentam, etiam filio ſuccedet, ſi ille ante pubertatem decedat. Unde declarando magis prædictam ſententiam, ſtatuunt DD. quòd repudiante, vel abſtinente filio, ſuccedit ſubſtitutus per dictam Vulgarem ſoli teſtatori, idque eo tempore quo filius repudiat; per Pupillarem autem tacitam in illa comprehenſam ſuccedit ipſi filio, cùm in Pupillari ætate decedit; non enim repugnat quòd vtraque ſubſtitutio copulatiuè habeat effectum, eueniente caſu vtriuſque: nam id planè admittitur *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*: neque de neceſsitate Pupillaris eſt, quòd pupillus ſit re ipſa hæres patris, *l. Iulianus, aliàs, Si pupillus, ff. de Acquir. hæred. l. Apud Iulianum,* 11. *§. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* Sic docent Barth. *in l.* 1. *num* 39. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 37. Aretin. *col.* 17. Jaſ. *num.* 62. Socin. ſen. *num.* 38. & Ripa *num.* 173. Angel. *in l.* 2. *§. Sed & ſiquis, ff. eod.* vbi etiam Paul. Caſtr. Imola *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, de Teſtam.* Bald. de Hubal. *tract. de Subſtit. in rubr. de Vulgari, num.* 28. Barth. de Hucio *tract. etiam de Subſtit. cap.* 1. *num.* 19. Zaſius *de Subſtit. cap.* 1. *num.* 27. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 5. *numer.* 2. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 13. *numer.* 1. & cæteri communiter. Neque obſtat text. *in d. verſ. Sed ita,* nam illud, *ei*, intelligi debet relatum ad teſtatorem, de quo paulò ante fuerat ſermo: vel ſi referatur ad filium, vt aliqui volunt, intelligi debet ex Pupillari tacita. Sic declarant Barthol. & ferè omnes citati Doctores.

De tacita etiam Vulgari, quæ in expreſſa Pupillari continetur aliquale dubium eſt; nec deſunt qui etiam ad ſucceſsionem & bona pupilli eam trahunt, per text. *in l. Qui fundum, §. Cohæres, ff. Ad leg. Falcid.* Vera tamen, & communis ſententia ſtat in contrarium, idemque in hac ſubſtitutione tenet, quòd proximè in expreſſa Vulgari Pupillarem continente dictum eſt; ſcilicet, per talem Vulgarem tacitam ſoli teſtatori ſuccedi, pupillo repudiante, idque tunc, quando ille repudiat; & ſi ille poſt repudiationem in pupillari ætate decedat, tunc ei per expreſſam Pupillarem ſuccedit, & ita vt vtraque ſubſtitutio copulatiuè locum habeat: nam 267

hic

hic etiam militant, quæ ad hoc ipſum ſtatuendum in expreſſa Vulgari Pupillarem continente *num. præcedenti* adducta ſunt; neque vſquam reperitur, quòd ex Vulgari pupillo ſuccedatur, ſed ſoli teſtatori. Et ita hanc ſententiam tenent, & declarant Barthol *in d. l. 1. num. 40. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Socin. Ripa, & alij Angel. & Paul. Caſtr. in *l. 2. §. fin. ff. eodem* Imola *in d. c. Raynutius, in materia de Vulgari, de Teſtam.* Bald *in l. Eam quã, num. 53. cap de Fideicom* Bald. de Hubal. *tract. de Subſtit. in Rubr. de Vulgari, numer.* 29 Barth. de Hucio *tract. etiam de Subſtit. cap.* 1. *num.* 20 Zaſius *etiam de Subſtit. cap. 1. num.* 27. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 5. num. 1. & 2.* Trentacinq. *d. cap. 13. num.* 2. cæterique communiter. Neque obſtat text. *in d. §. Cohæres*, nam hic text. habet varias lecturas, & communiter exponitur, quòd procedit in Pupillari expreſſa non verò in tacita Vulgari.

268 Hinc notant multi, ſi contigerit, quòd pater, & pupillus ſimul intereant, vt ex eodem fulmine, vel in eodem naufragio, admittendum eſſe ſubſtitutum ex Pupillari ad bona pupilli; & ex Vulgari ad bona patris: cùm in tali euentu vtriuſque ſubſtitutionis caſus detur: cùm enim filius non fuerit ſuperſtes patri, non fuit illius cohæres, & ſic datus eſt caſus ſubſtitutionis Vulgaris: & cùm deceſſerit ante pubertatem datus eſt caſus Pupillaris: conſtat autem ex ſupra dictis, quod ſubſtitutus datus per patrem filio impuberi, ſiue per expreſſam Vulgarem, ſiue per expreſſam Pupillarem, in caſum vtriuſque copulatiuè admittitur, juxta *d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Sic Barth. *in d. l. 1. num.* 40. Zaſius *d. num.* 27. Mantica *d. tit. 5. num. 2.* & alij.

269 Hoc tamen difficultatem habet non leuem: nam quanuis pater, & filius eodem fulmine, eodem naufragio, vel eâdem ædificij ruinâ perempti ſint, cogitari certè non poteſt, quòd eodem temporis momento, ſeu inſtanti, animam exhalauerint, ſed ſolùm quòd inter vnius, & alterius mortem, valde breue ſpatium interjectũ fuerit, incertumque erit, vter prior extinctus ſit? In tali autem incertitudine præſumendum eſt, filium prædeceſsiſſe: nam in dubio filius impubes præſumitur præmortuus, *l. Qui duos, § fin. ff. de Reb. dub.* & ſic non poteſt illi ſuccedi ex Pupillari: cùm hæc euaneſcat filio ante patrem decedente, *l. Quòd ſi filius, 1. 1. ff. de Captiuis, & poſtlim. reu.* Atque ita ſentiunt Socin. *in d. l. Qui duos, §. Cùm in bello*, & moderni Papienſes, quos citat, & ſequitur Trentacinq. *d. cap. 13. numer.* 3. quæ ſententia mihi etiam placet.

Notant etiam plerique, & meritò, dictam Vulgarem tacitam comprehenſam 270
ſub Pupillari expreſſa locum habere, & ſubſtitutum ex ea admitti, quanuis mater pupilli ſuperſtes ſit. Ita Barth. *in d. l. 1. num 41. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 38. Ripa *num.* 175. Socin. ſen. *num.* 41. & alij Glo. *in l. vltim. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* & ibi Angel. Bald. Jaſ. & Dec. Imola *in cap. Raynutius.* & ibid. Guil. Bened. *in materia de Vulgari, num.* 18. *de Teſtam.* Barthol. de Hucio *tract. de Subſtit. cap. 1. num* 21. Zaſius *tract. etiam de Subſtit. cap. 1. num.* 27. Mantica *lib. 5 vltim. volunt. tit 4. num. 6. & 7.* Molina *diſp.* 184 *verſ. Obſeruandum tamen* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 37. *num.* 2. Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. c. 13. num.* 4. & cum pluribus Fuſar. *de Subſtit. q. 60 num.* 2 Ratio eſt, quia vt ex dictis conſtat, euenienté caſu Vulgaris, etiam tacitæ, non ſuccceditur pupillo, ſed teſtatori ejus patri: ſucceſsio autem, & bona talis teſtatoris non pertinent ad matrem pupilli, quæ ipſa eſt vxor teſtatoris: nam vxor non ſuccedit in bonis mariti, niſi eo decedente ab inteſtato, & deficientibus ejus agnatis, & cognatis, *l. vnica, Cod. Vnde vir, & vxor.* Igitur non poteſt in dicto caſu excludere ſubſtitutum, ne teſtatori ex tacita Vulgari ſuccedat.

Id verò limitat Mantica *d. num. 7.* niſi 271
mater pupilli eſſet ejus cohæres; quòd tunc, licèt tractetur de ſucceſsione viri, ſubſtitutum excludat ex præſumpta voluntate ipſius viri teſtatoris: ad quod dicit

cit eſſe caſum ſingularem *in l. vlt. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Sed reuerà in illa lege non agitur de ſucceſsione pupilli, vt oſtẽdimus *§. præcedenti, num.* 258. & probat latiſsimè Trentacinq. *d. cap.* 13. *præſertim, num.* 13. Dicta verò limitatio eſt probabilis, vt conſtat ex dictis *§. ſuperiore, num.* 259. quamuis oppoſitum ſit receptius, vt ibidem attigimus.

272 Aliter dicendum eſt, ſi mater teſtatoris ſit ſuperſtes; hæc enim ſubſtitutum excludit, vt etiam tradunt Barth. Alex. Ripa, & Socin. *in d. l.* 1. *ff. de Vulgari*, Angel Bald. Iaſ. & Dec. *in d l. vltim. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Imola *in d. cap. Raynutius, in materia de Vulgari*, Couar. *ibid. §* 4. *in fine*, Barth. de Hucio, & Zaſius *loco ſup. citat.* Mantic. *d. tit.* 4. *numer.* 5. Molina, *vbi ſupra*, Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4 *præſumpt.* 43. *num.* 11. Trentacinq. *d. cap.* 13. *num.* 5. Fuſar. & plures alij, quos refert, *tract. de Subſtit q* 61. *numer.* 1. Probatur quia per Pupillarem tacitam in Vulgari expreſſa contentam, nõ admittitur ſubſtitutus contra matrem pupilli, vt eſt receptiſsima DD: ſententia, quam latiſsimè relatis pluribus tradunt Trentacinq. *d p.* 1 *cap.* 12. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 157. & nos infra ſuo loco trademus. Ergo etiam per tacitam Vulgarem in expreſſa Pupillari contentam, non admittitur ſubſtitutus contra matrẽ teſtatoris: eadem namque vtrobique eſt ratio, cùm in vtroque caſu agatur de non excludenda matre à bonis filij ſui: quæ quidem ratio fortiùs militat in præſenti, nam ſi teſtator ſubſtituendo per Vulgarem expreſſam filio ſuo impuberi non præſumitur voluiſſe etiam illi ſubſtituere pupillariter contra matrem ipſius impuberis, nec illam ab ejus ſucceſsione excluderet: à fortiori ſubſtituendo per Pupillarem expreſſam, non debet præſumi, quòd voluit etiam ſubſtituere per tacitam Vulgarem contra matrem ſuam, cũ multò minùs debeat intelligi, voluiſſe propriam matrem priuare ſucceſsione filij, ideſt, ipſius teſtatoris.

273 Intellige autem hanc reſolutionem primò, niſi ſubſtitutus eſſet deſcendens teſtatoris: tunc enim dicta Vulgaris tacita matrem ipſius teſtatoris excluderet, ex præſumpta teſtatoris voluntate, argum. *l. Cùm acutiſsimi, Cod. de Fideicom. & l. Cùm auus, ff. de Condit. & demonſtr.* & ita docent Alex. *in d. l.* 1. *numer.* 38. & Ripa *num.* 175. *ff. de Vulgari*, Couar. *in d. cap. Raynutius*, *§.* 4. *fine*, Mantica *d. tit.* 4. *num.* 5. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 13. *num.* 7. & alij, quos refert, & ſequitur Fuſar. *de Subſtit. q* 61. *num.* 4.

Intellige ſecundò, vt ſolùm procedat 274
quando agitur de ſucceſsione per Vulgarem contentam in Pupillari expreſſa, quæ facta ſit ſub hac duplici conditione, *Si filius hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, nam ſi ſolùm dictum eſſet; *Si in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo*, &c. Vulgaris, quæ ibi continetur eſt expreſſa verbis generalibus, vt ex receptiori ſententia tradidimus *in principio hujus ſect. num.* 35. & relatis pluribus tenent Mantica *lib.* 5. *vltim. volunt. tit.* 13 *num.* 14 & Trentacinq. *d. cap.* 13. *num.* 6. & ſic per illam excluditur mater teſtatoris, ſicut per expreſſam Pupillarem mater pupilli, *l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Atque ita docent Mantica, & Trentacinq. *proximè citat.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4 *præſumpt.* 43. *numer.* 11. & alij, quos citat & ſequitur Fuſar. *de Subſtitution q.* 61. *num.* 3.

§. 16. *An ſubſtitutio Vulgaris trahatur ad prælegata inſtituto relicta?*

SUMMARIUM.

EXplicatur præſens quæſtio, & negatiuè reſoluitur, num. 275.

Limitatur primò prædicta reſolutio, vt non procedat quando teſtator verbis amplis, & generalibus ſubſtituit, vt ſi dixit, Subſtituo ei in omnibus, & per omnia; *num.* 276.

Limitatur ſecundò, quando tam hæreditas, quàm prælegatum fuit inſtituto relictum ſub conditione, & factus eſt locus ſubſtituto, quia inſtitutus conditio-

tio-

Digitized by Google

*tioni non paruit; num.*277.

*Limitatur tertiò, quando dies prælegati non ceſsiſſet, vt quia inſtitutus, cui prælegatum eſt relictum, deceſsit viuo teſtatore; num.*278. *Hoc tamen intelligendum cum diſtinctione, de qua ibidem.*

*Limitatur quartò, quando prælegatum eſſet adeò magnum, vt abſorberet totũ patrimonium, aut longè maiorem partem bonorum teſtatoris; num.*279.

*Limitatur quintò, vt non procedat quoad partem prælegati, quæ reſpondet portioni hæreditariæ, in qua prælegatarius inſtitutus eſt, ſi locus ſubſtitutioni factus eſt, eoquòd ille non aditâ, nec repudiata hæreditate poſt teſtatorem deceſsit: tunc enim pars illa ad ſubſtitutum ſpectat; num.*280.

Pars prælegati reſpondens portioni hæreditariæ, in qua prælegatarius inſtitutus eſt, cenſetur ei relicta ſub conditione, Si repudiauerit hæreditatẽ, *& cur? ibid. & num.*281. *Excluditur quædam objectio, & tota reſolutio magis declaratur; num.*282. *& ſeq.*

275 QUanuis hæc quæſtio ad alias etiam ſubſtitutiones pertineat, tamen in vnaquaque peculiarem habet inſpectionem, vt ſuis locis videbimus. Quoad Vulgarem igitur hìc à nobis excutienda eſt: ſpectat enim ad primum illius effectum, quem §. *præcedenti* explicare cæpimus. Eam vero claritatis cauſâ ſic propono. Inſtituit quis hæredem Titium, & Caium, eiſque res quaidam prælegauit; tunc addidit: *Si ambo, vel eorum alter, mihi hæres non erit, ſubſtituo Sempronium*: contigit Titium hæredem non eſſe: quæro, vtrùm Sempronius ſubſtitutus non ſolùm admittatur ad portionem hæreditariam, quam Titius conſecuturus erat, ſi adiret, ſed etiam ad prælegatum? Reſpondetur negatiuè ex communi ſententia, quam tenent Barthol. *in l.* 1. *num.* 44. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin. ſen. *num.* 46. & Ripa *num.* 178. idem Barth. *in l. Marcellus*, §. *Quidam liberis*, *num.* 2. *ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. *num.* 1. Alex. *numer.* 4. Socin. ſen. *num.* 4. Ruin. *num.* 16. Roman. *num.* 3. & Imola, *num.* 11. Bald. *in l. Cùm virum*, *col.* 2. *Cod. de Fideicom.* & ibi Coraſ. *num.* 65. & Padil. *num.* 24. Guil. Bened. *in cap. Raynutius*, *verſ. Si abſque liberis*, *vbi de Vulgari*, *num.* 114. *de Teſtam.* Bald. de Hubal. *tract. de Subſtit. rubr. de Vulgari*, *num.* 31. & alij quos citant, & ſequuntur Menoch. *de præſumpt. l.* 4 *præſumpt.* 195. *n.* 2. Peregrin. *de Fideicom. art.* 7 *n.* 5. Trentac. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 13. *num.* 14. & Fuſar. *de Subſt. q.* 69. *num.* 1. per text. manifeſtum *in l. Miles*, §. *Pro parte*, *ff. de Leg.* 2. *& in l. Sextiliam*, *aliàs Sextiam. ff. de Leg.* 3. vbi etiam Barth. & cæteri communiter. Et ratio eſt quia ſubſtitutio Vulgaris fieri ſolet reſpectu hæreditatis, vel portionis hæreditariæ, cùm per talem ſubſtitutionem ſuccedatur directò teſtatori ſubſtituenti: quando autem ſubſtitutio fit in hæreditate non veniunt prælegata: hæc enim nomine hæreditatis non continentur, *l. Si Titius ex parte. ff. de Leg.* 3. *& l. Titiæ*, *ff. Ad leg. Falcid.*

Limitatur autem primò tradita reſolu- 276
tio, vt non procedat quando teſtator verbis amplis, & generalibus ſubſtituit; vt ſi dixit; *Si Caius hæres non erit, ſubſtituo ei in omnibus, & per omnia Sempronium*: tunc enim eueniente caſu ſubſtitutionis, conſequitur Sempronius etiam prælegatum Caio relictum. Sic Fulgoſ. *in d. l. Eum virum*, *numer.* 4. *Cod. de Fideicommiſſ.* & ibi Corn. *col. fin.* & Anton. de Padil. *num.* 25. Menòch. *d. Præſumpt.* 195. *num.* 5. Peregrin. *d. art.* 7 *num.* 7. *verſ. Tertiò limitatur*, & Fuſar. *d. q.* 69. *num.* 7. vbi etiam refert Intrigl. *de Subſtitut. cent.* 1, *q.* 45. *num.* 6.

Limitatur ſecundò, quando tam hære- 277
ditas, quàm prælegatum fuit inſtituto relictum ſub conditione, & factus eſt locus ſubſtituto, quia inſtitutus conditioni non paruit: tunc enim etiam prælegatum ſubſtituto debebitur, vt tradit Fuſar. *d. q.* 69. *num.* 10. citans Peregrin. *d. num.* 7. qui tamen id apertè non dicit, ſed ſolùm, quòd inſtitutus in tali caſu prælegatum non aſſequitur, juxta *l. fin.* §. *fin. ff. de Do-*

li

Digitized by Google

li except. Procedet autem ſine dubio hæc limitatio, ſi teſtator expreſsè ſubſtituit in caſum, quo inſtitutus conditioni non pareret.

278 Limitatur tertiò, quando dies prælegati non ceſsiſſet, vt quia inſtitutus, cui prælegatum eſt relictum, deceſsit viuo teſtatore; nam tunc etiam prælegatum ſubſtituto debebitur, vt ſentiunt Claudius Sezſellius *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis, num.*4. *verſ. Sed aduerte, ff. Ad Trebel.* Coraſ. *in d. l. Cùm virum, num.*67. *Cod. de Fideicommiſ.* Padil. *ibidem, num.* 26. & Menoch. *d. præſumpt.* 195. *num.*6. qui mouentur per text. *in l. vnica, §. In primo, & §. In ſecundo, Cod. Caduc. tol.* vbi habetur, quòd legata, quæ fiunt caduca, aut quaſi caduca per mortẽ legatarij ante teſtatorem, remanent in hæreditate ad commodum ſuccedentiũ in ipſa hæreditate, niſi adſit ſubſtitutus, vel conjunctus ei, cui relicta ſunt. Vnde cùm in noſtro caſu adſit ſubſtitutus, is debet capere legatum, ſeu prælegatum, de quo loquimur. Hanc tamen rationem nõ immeritò improbat Peregrin. *d. art.*7. *numer.*8. quia *in d. §. In primo, & d. §. In ſecundo,* non dicitur quòd hujuſmodi legata ſpectant ad ſubſtitutum in hæreditate, ſed ad ſubſtitutum, vel conjunctum in ipſis legatis. Vnde magis placet diſtinctio, quam poſt Guiliel. Cunei *in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Alex. *in d. §. Quidam liberis, num.* 4. & Ruin. *ibid. num.*16. approbant idem Peregrin. *d. num.* 8. & Trentacinq. *de Subſt. d. cap.* 13. *fine,* vt ſcilicet dicta limitatio procedat, quando ſubſtitutio facta eſt ſimpliciter, vt ſi teſtator dixit abſolutè; *Subſtituo illi Sempronium:* vel (ut exemplificat Trentacinq.) *Subſtituo Sempronium in ejus portione:* ſecus autem ſi ſubſtitutio eſt facta nominatim in hæreditate, vt ſi dictum eſt, *Subſtituo illi in hæreditate,* vel *in portione hæreditaria:* tunc enim non pertinebit prælegatum ad ſubſtitutum.

279 Limitatur quartò, quando prælegatũ eſſet adeò magnum, vt abſorberet totum ferè patrimonium, aut longè maiorem partem bonorum teſtatoris: tunc enim ſubſtitutus illud conſequeretur, quia tale prælegatum ſuccedit loco portionis hæreditariæ, vt eſt caſus *in l. Quid ergo, ff. de Leg.*1. & ita ſentiunt Socin. ſen. *in d. §. Quidam liberis, num.*5. *limit.*4. Coraſ. *in d. l. Cùm virum, num.*71. *Cod. de Fideicom.* Cuman. *in l. Eum qui, §. Pro parte, ff. de His, quæ vt indigniſ.* Menoch. *d. præſumpt.* 195. *num.*7. Peregrin. *d. art.*7. *num.*7. & 8. *fine,* Trentacinq. *d. cap.* 13. *ſub num.*14. *verſ. Hæc concluſio,* & cum alijs Fuſar. *d. q.*69. *num.*8. dicit autem Coraſ. *loco cit.* hanc limitationem intelligendam eſſe, quando per repudiationem inſtituti fit locus ſubſtituto; quia *in d. l. Quid ergo,* ſolùm dicitur, quòd inſtitutus, cui tam magnum prælegatum relictum eſt, non poteſt illud conſequi repudiata hæreditate. Vnde quando non ex capite repudiationis, ſed ob impotentiam adeundi factus eſt locus ſubſtituto, vt quia mortuus eſt inſtitutus antequam ſciret ſibi eſſe delatam hæreditatem, ait idem Author, dici poſſe, ſolùm pro portione hæreditaria prælegatum deberi ſubſtituto: pro alijs autem partibus ad hæredes inſtituti tranſmitti, juxta text. *in d. l. Miles, §. Pro parte, ff. de Leg.*2. ibi: *Præceptionum autem portiones, quæ pro parte cohæredum conſtiterunt, ad hæredes ejus tranſmitti,* id quòd ex ſtatim dicendis facilè intelligetur.

Limitatur quintò, vt non procedat quoad partem prælegati, quæ reſpondet portioni hæreditariæ, in qua prælegatarius inſtitutus eſt, ſi locus ſubſtitutioni factus ſit, eoquòd ille non aditâ, nec repudiata hæreditate, poſt teſtatorem deceſsit; tunc enim pars illa ad ſubſtitutum ſpectat. Ita ſumitur *ex d. §. Pro parte,* juxta intellectum Gloſſæ, *verſ. Conſtiterunt,* & Barth. *ibid.* & tenent Peregrin. *d. art.* 7. *ſub num.* 5. *verſ. Ex qua ratione.* & Trentacinq. *d. cap.* 13. *numer.* 14. *verſ. Secundò declaratur.* Vt autem dilucidè probetur, ſciendum eſt, quòd quando ſunt plures hæredes inſtituti, & aliquid eis, vel vni eorum prælegatum eſt, tale prælegatum in tota hæreditate 280

con-

continetur, eſtque onus totius hæreditatis, quo cohæredes pro portione hæreditaria grauantur. Vnde ſi ego ſim hæres prælegatarius, quilibet meorum cohæredum pro ſua hæreditaria portione mihi debet ſoluere partem prælegati, excepta ea parte, quę reſpondet portioni hæreditariæ, in qua ego ſum inſtitutus: hæc enim pars non grauat portiones aliorum, ſed meam tantummodo. Cæterùm cùm hæredi à ſe ipſo legari non poſsit, *l. Legatum, §. Hæredi, ff. de Leg.* 1. neque ſibi ipſi quis debere poſsit, *l. Vranius, ff. de Fidejuſſor.* fieri nequit vt talis pars mihi ſit prælegata ſimpliciter, & abſolutè; quia alioqui jam mihi ipſi eam deberem: igitur ne inutiliter videatur mihi relicta titulo prælegati, intelligitur eſſe relicta ſub conditione, ſi hæreditatem repudiauero. Tunc enim portio hæreditaria, in qua fui inſtitutus, accreſcit alijs cum onere prælegati quoad illam partem; quam proinde mihi debet ſoluere ſubſtitutus vulgaris, qui in dicta portione hæreditaria me repudiante ſuccedit: reliquas verò partes ejuſdem prælegati ſoluent alij cohæredes, vnuſquiſque pro ſua portione hæreditaria, vt dictum eſt. Et ſic in caſu, quo prælegatarius repudiat hæreditatem, totum prælegatum capit. Ita DD. citati, ſicque procedit text. *in l. Filio, & in l. Qui filiabus, §. fin. cum l. ſeq. ff. de Leg.* 1.

281 At ſi prælegatarius non extitit hæres, non quia repudiauit, ſed quia deceſsit poſt teſtatorem non adita hæreditate, tunc pars prælegati contenta in portione hæreditaria, in qua ille fuit inſtitutus, ei non debetur, ob defectum conditionis; ſiquidem ei fuit relicta ſub conditione, *Si hæreditatem repudiaret*, vt declaratum eſt, ille vero non repudiauit. Et hoc eſt fundamentum prædictę limitationis, nã cùm prælegatario relicta fuerit illa pars prælegati, ſub conditione, quæ impleta non eſt, tranſit portio hæreditaria in caſu propoſito ad ſubſtitutum ſine onere ſoluendi illam partem: quod aliter ſe habet in alijs partibus ejuſdem prælegati, quæ continentur in portionibus cohæredum; nam illæ fuerunt relictæ prælegatario ſimpliciter & abſolutè, ad inſtar proprij legati ſimpliciter relicti, quod ſtatim à morte teſtatoris cedit: & ideo ab initio fuerunt debitæ prælegatario, independenter ab hoc quòd ipſe poſtea exiſteret, vel non exiſteret hæres, repudiaret vel non repudiaret hæreditatem: vnde ſi ante aditam hæreditatem moriatur, eas nihilominus tranſmittit ad hæredes, ſicut tranſmittuntur legata.

282 Dices optimè ſaluari, quòd etiam pars prælegati contenta in portione hæreditaria, in qua prælegatarius eſt inſtitutus, tranſmittitur ad hæredes ipſius prælegatarij, quando ille non extitit hæres, eo quod deceſſerit ante aditam hæreditatem; quia poſſumus intelligere eam partem fuiſſe illi relictam ſub conditione, *Si hæres non foret*, & non præciſè, ſi hæreditatem repudiaret. Reſpondet Gloſ. *in d. l. Miles, §. Ex parte, verb. Conſtiterunt*, licèt illa pars fuerit relicta prælegatario ſub conditione, *Si hæres non foret*, hanc conditionem in propoſito caſu deficere, quia non extitit viuo prælegatario, ſiquidem mortuus eſt pendente ipſa conditione; cùm ponamus eum non fuiſſe hæredem, eo quod mortuus ſit ante aditam hæreditatem: relicta verò ſub conditione, quæ non impletur viuente honorato, non tranſmittuntur *l. vnica, §. Sin autem, Cod. de Caduc. tol.* quando autem prælegatarius repudiat hæreditatem, viuit, & ſic exiſtit conditio; & ideo tunc acquirit, & tranſmittit etiam illam partem.

283 Hæc tamen reſponſio non placet, nec admittitur à Barthol. *in dict. §. Pro parte, numer.* 3. quia etiam in caſu, quo quis non eſt hæres ob ſolum defectum aditionis, conditio illa, *Si hæres non erit*, impletur eo adhuc viuo, & in vltimo vitæ articulo exiſtente, cùm jam tunc voluntas deficiat, & hæreditas adiri non poſsit, *l. fin.* & ibi Gloſ. *ff. Quando dies leg. ced. l. Ab omnibus, §. Cum quidam, ff. de Legat.* 1. Vnde ſi prælegatario fuiſſet relicta illa pars prælegati ſub con-

ditione, *Si hæres non foret*, proculdubio eam tranſmitteret, etiamſi ob ſolum defectum aditionis hæres non extitiſſet. Aliter ergo reſpondet Barth. *loco cit.* illam partem prælegati non cenſeri relictam prælegatario ſub conditione, *Si hæres non erit*, ſed, *Si hæreditatem repudiauerit*, quia id perſuadet text. *in d. §. Pro parte*, qui quidem aliter intelligi non poteſt, vt expendenti conſtabit.

§. 17. *Vtrum Vulgaris ſubſtitutio facta filio vim habeat reſpectu legitimæ illi debitæ, itaut ad illam etiam ſubſtitutus admittatur, ſi filius paternam hæreditatem non adeat?*

SUMMARIUM.

*Explicatur ſenſus hujus quæſtionis; num.*284.

*Si filius, cui pater vulgariter ſubſtituit, moriatur viuente ipſo patre, ſuccedit ſubſtitutus abſque detractione legitimæ ad filium ſpectantis; numer.*285.

*Si filius repudiauit ſimpliciter hæreditatem paternam, etiam quoad legitimam ſuccedit ſubſtitutus in totum, etiam in ipſam legitimam: & vtrùm poſſit filius acceptare ſolam legitimam, repudiata reliqua hæreditate? ibid. remiſsiuè, & num.*290.

*Prima ſententia in quæſtione propoſita negat admitti ſubſtitutum ad legitimam filij, decedente ipſo filio poſt patrem ante aditam ejus hæreditatem; numer.*286. *Quo fundamento; numer.*287.

*Secunda ſententia tenet oppoſitum, & quibus fundamentis? numer.*288. *& ſeqq. Præfertur prima ſententia; numer.*292.

*Omnes antiquæ leges, quæ permittebant induci aliquod grauamen in legitima filijs debitâ, ſublatæ ſunt per nouum jus Codicis; num.*293.

*Hæredi non licet diuidere hæreditatem, acceptando vnam partem, & ommittẽdo aliam. teſtator autem bene illam diuidere poteſt inter plures inſtitutos; numer.*294.

Inſtitutus purè in parte hæreditatis, & in alia parte ſub conditione, ſi habeat ſubſtitutum in parte conditionali, poteſt ſtatim adire, & acquirere partem purè relictam, & pro alia expectatur euentus conditionis; ibid.

*Remouentur quædam motiua, ex quibus videtur probari etiam hodie licere patri priuare filium jure Suitatis quoad legitimam ei debitam, & conſequenter jure tranſmittendi illam ad hæredes ex potentia Suitatis; num.*295.

Suitas non ſolùm fauore patris, ſed etiam fauore filij inducta eſt; ibid.

Senſus hujus quæſtionis eſt, ſi pater 284
inſtituto filio, quem habebat in poteſtate, illi vulgariter ſubſtituit, dicẽdo, *Si non fuerit hæres*, vel, *Si noluerit, aut non potuerit eſſe hæres, ſubſtituo illi Seium*: & talis filius patri ſuperviuens mortuus eſt antequam hæreditatem adiret; an in tali caſu debeat ſuccedere ſubſtitutus in tota hæreditate, & bonis in quibus filius fuerat inſtitutus, & ita vt etiam legitimam illi filio cum alijs bonis relictam conſequatur, vel potiùs ea legitima ad filij hæredes tranſmiſſa ſit.

Vnde non procedit quæſtio, neque 285
eſt difficultas, quando ille filius mortuus eſt viuente patre: certum eſt enim quòd tunc ſuccedit ſubſtitutus abſque detractione legitimæ ad filium ſpectantis, vt optimè aduertit Præris *de Interpr. vlt. volunt. lib.* 3. *interpr.* 2. *dub.* 1. *ſolut.* 5. *n.* 60. *fine, pag. mihi* 76. Dum enim pater viuit non habet filius jus aliquod in bonis patris, quod ad hæredes tranſmittat: ſed tantùm quandam præmaturam ſpem, quę per ejus mortem in vita patris euaneſcit, *l.* 1. *§. Si impuberi, verſ. Cæterùm, ff. de Collat. bon.* Neque etiam eſt quæſtio, quando filius patri ſuperuiuens, repudiauit ſimpliciter ejus hæreditatẽ etiã quoad legitimã. Tunc enim planum eſt ſubſtitutum ſuccedere in totum. Si autem filius velit

velit tantùm acceptare legitimam ſibi debitam, repudiata reliqua hæreditate, peculiaris difficultaas eſt, an jure id facere poſsit, tum quando habet ſubſtitutum vulgarem, tum quando illum non habet? Qua de re latè Trentacinq. *de Subſtitut p.1.cap.9. à num.* 12. & nos etiam infra ſuo loco agemus. Hìc autem quæſtionem propoſitam in ſenſu tantùm explicato accipimus, breuiterque expediemus.

286 Prima igitur ſententia in præſenti quæſtione eſt, dictam ſubſtitutionem nõ habere vim reſpectu legitimæ, & conſequenter ſubſtitutum ad eam non admitti, decedente filio poſt patrem ante aditam ejus hæreditatem. Ita Jacob Butrig. *in l. Si arrogator*, prout eum ibi refert Bald. *in 6. oppoſit. ff. de Adoption.* Alex. *in l. Si filius hæres, col. fin ff. de Liber. & poſth.* Salic. *conſil.* 70. *num.* 21. *tom.* 1. & plures alij, quos citat & ſequitur Ant. Gom. 1. *Variar. cap.* 3. *ſub num.* 17. *& cap* 9. *num.* 40. Ita etiam tenere debent, qui ſentiunt, per dationem vulgaris ſubſtituti nõ tolli Suitatem quoad legitimam filio debitam, ne impediatur illius tranſmiſsio, decedente filio poſt patrem ante hæreditatem aditam; quam ſententiam tenent Guiliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Mortuo itaque, num.* 202. *de Teſtam.* Socin. *in l.* 1. *ff. de Vulgari, num.* 47. *verſ. Quinto decimò*, vbi teſtatur, ita communiter ſentire Recentiores, Menchaca *lib.* 3. *de Succeſ. creat.* §. 21. *n.* 199. & multi alij apud Ant. Gom. *d. cap.* 9. *num.* 40.

Fundamentum eſt, quia in ſubſtitutio-
287 ne Vulgari includitur conditio, *Si inſtitutus voluerit eſſe hæres*; eo enim ipſo quòd teſtator ſubſtituit alicui, ſi noluerit vel non potuerit eſſe hæres, intelligitur illum inſtituere ſub contraria conditione, *Si voluerit eſſe hæres*, *l. Quibus diebus*, 40. §. *Quidam Titio, & l. Aliquando*, 106. *ff. de Condit. & demonſtr.* talis autẽ conditio inducit onus: nam tollit Suitatem, *l. Iam dubitari*, 86. *ff. de Hæred.* & conſequenter impedit tranſmiſsionem, vt probat text. *in l. Si ita legatum*, 68. §. *Illi, ſi volet, ff. de Leg.* 1. non poſſe verò tranſmittere ſit onus, *l. Pantonius, ff. de Acquir. hæred.* & hodie omne onus à legitima excluditur, *l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. teſtament.* Ergo ne tale onus inducatur, non poteſt Vulgaris ſubſtitutio vim habere reſpectu legitimæ, ſed ſolúm quoad reliquam hæreditatem, ſi quid amplius vltra legitimam filio relictum ſit. Confirmatur, & declaratur, quia vt vulgariter ſubſtitutus admittatur ad legitimam filij, qui deceſsit poſt patrem, non adita hæreditate, opus eſt vt filius non acquiſierit ipſam legitimam antequam moreretur, nam ſi eam acquiſiuit, tranſmiſit illam ad ſuos hæredes, & euanuit prorſus ſubſtitutio: atqui filius cùm eſſet hæres Suus ſtatim poſt mortem patris legitimam acquiſiuit ipſo jure Suitatis, neque illam repudiauit, vt ſupponimus: ergo non poteſt ad eam admitti ſubſtitutus. Quòd ſi dicas per ipſam ſubſtitutionem effectum eſſe, ne filius legitimam acquireret, ſicut ne acquireret reliquam hæreditatem, niſi eam adiret. Contra hoc ipſum ſtat *d. l. Quoniam in prioribus*, per quam à legitima tollitur omnis mora, & dilatio, vel conditio ejus acquiſitionem impediens, vel retardans.

Secunda ſententia tenet oppoſitum, 288
ſcilicet, dictam ſubſtitutionem etiam in legitima habere locum. Hanc ſequuntur Bald. *in d. l. Si arrogator, col.* 2. *in 6. oppoſ.* Paul. Caſtr. *in d. l. Quoniam in prioribus, col.* 2. *ſub num.* 2. *verſ. Et adde*, Alex. *in l. Si poſthumus*, §. *Quod vulgo, ff. de Liber. & poſthum.* & ibi etiam Paul. Caſtr. & Jaſ. Aretin. *in l. Si filius hæres, num.* 64. *ff. eod.* & ibi Jaſ. *numer.* 64. Socin. ſen. *in l.* 1 *numer.* 56. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa, *num.* 159. Surd. *conſil.* 58. *numer.* 11, *lib.* 4. Simon de Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dub.* 1. *ſolut.* 5. *num.* 60. *pag.* 76. Menchaca *de Succeſſ. creat. lib.* 1. §. 10. *num.* 421. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 14. *num.* 19. & plures alij, quos hi referunt. Quæ ſententia eſt ſine dubio magis communis, vt aduertit Fuſar. qui plures etiam pro illa adducit *tract. de Subſtit. q.* 56.

292 Vtraque prædicta ſententia eſt ſatis probabilis propter adducta fundamenta. Sed tamen prima nobis videtur probabilior, ſpectato jure Codicis *in d. l. Quoniam in prioribus*, per quam omne prorſus grauamen, etiam facillimæ conditionis poteſtatiuæ, *Si volet*, à legitima ſublatū credimus, & jam *diſp. præced. ſect. 8. num.* 141. tradidimus.

Ad primam itaque probationem ſecundæ ſententiæ deſumptam *ex d. l. Si poſthumus, §. Quòd vulgo*, reſpondetur,
293 neque illam legem, neque vllam aliam antiqui juris Digeſtorum, noſtræ ſententiæ officere, cùm per nouum jus Codicis *in d. l. Quoniam in prioribus*, reuocatæ ſint quælibet anteriores leges, quatenus aliquod grauamen in legitima permittebant. Addo deinde *in d. §. Quod vulgo*, ſolùm intendi & declarari, quòd vt ſuſtineatur ſubſtitutio facta filio, non oportet eum exhæredari à gradu ſubſtitutionis, in quo eſt præteritus, ſi in primo gradu fuit inſtitutus. Quòd autem illa ſubſtitutio comprehendat legitimam filij, vel ſolùm reliquam hęreditatem, id non dicit, neque faciebat ad intentum.

294 Ad ſecundam reſpondetur, quidquid ſit de antecedente, de quo adhuc ſub judice lis eſt alibi dirimenda, certè conſequentiam non valere: nam quòd filius non poſsit acceptare legitimam, & repudiare reliquam hæreditatem, bene id habet, quia hæredi non licèt diuidere hæreditatem, vt probauimus, *§. 15. num.* 261. Teſtator autem bene poteſt illam diuidere, relinquendo illam pluribus, vt ibidem notauimus; idque euenit in præſenti, nam dando ſubſtitutum filio inſtituto in maiori portione, quàm in legitima, relinquit filio legitimam abſolutè, reliquam verò hæreditatem, ſub conditione, *Si volet*: & in defectum talis conditionis illi dat ſubſtitutum in eo reſiduo hæreditatis. In qua quidem diuiſione, & diſpoſitione nulla eſt difficultas, vt conſtat per *l. Si te ſolum, ff. de Hæred. inſtit. & l. Cùm hæres, §. fin. ff. de Acquir. hæred.* vbi habetur, quòd ſi hæres ſit inſtitutus purè in parte hæreditatis, & in alia parte ſub conditione, datuſque illi ſit ſubſtitutus in parte conditionali, habet ſtatim partem ſibi purè relictam, & pro alia parte expectatur euentus conditionis; eâque deficiente, admittitur ſubſtitutus.

Ad tertiam reſpondetur, quòd ea, quæ ibi afferuntur ad excludendum obſtaculum grauaminis, quod retentâ dictâ ſecundâ ſententiâ in legitima induceretur, minimè ſatisfaciunt. Non enim ſatisfacit primum: nam licèt olim ablatio Suitatis & tranſmiſsionis ex potentia ipſius Suitatis, etiam quoad legitimam fuiſſet de natura actus permiſsi, nempe ſubſtitutionis Vulgaris: attamen hodie poſt jus Codicis *in d. l. Quoniam in prioribus*, jam talis actus non eſt permiſſus; cùm per eam legem correcta ſint jura antiqua, quæ hujuſmodi grauamina permittebant. Non ſecundum, nam eſto Suitas fuerit inducta fauore patris; at etiam inducta eſt, & fortè principaliter, fauore filij, vt notauit Ant. Gom. *d. c. 3. n. 17. verſ. Septimò facit, per l. Cùm ratio, ff. de Bon. damnator. & l. In ſuis, ff. de Liber. & poſth. cum ſimil.* Non tertium, quia reuerà conſiderabile onus eſt, quòd filius non poſsit legitimam tranſmittere ex potentia Suitatis. Nam licèt Suitate excluſa adhuc poſsit tranſmittere totam hæreditatem ex jure ſanguinis, & deliberandi: at facultas tranſmittendi his modis, non eſt adeò ampla, & expedita, ſicut ex potentia Suitatis, vt conſtat ex ſupra notatis *§. 6. in princ.* per jura ibi allegata. Non quartum, nam re bene inſpecta, per *d. l. Quoniā in prioribus*, non ſolùm fuit ablatum à legitima grauamen, propter quod juxta leges antiquas teſtamentū poterat expugnari; ſed quodcumque aliud, vt conſtat ex illis verbis, ibi, *Ipſa conditio, vel dilatio, vel alia diſpoſitio moram, vel quodcumque onus introducens tollatur.* Non denique quintum, quia eū filius, eo quòd ſit hæres Suus reſpectu patris, plus juris habeat in illius bonis, quàm in bonis matris, cujus non eſt hæres Suus, non eſt mirum, neque inconueniens, quòd plenius 295

I 3 poſsit

poſsit mater diſponere, per Vulgarem ſubſtitutionem de legitima filij, quàm pater. Neque propterea pater redditus eſt deterioris conditionis, cùm aliunde potior ſit ſubſtitutio Vulgaris per eum facta, ſiquidem continet tacitam Pupillarem, quam mater efficere non poteſt.

§. 18. *Vtrùm Vulgaris ſubſtitutio trahatur ad totum, ſi facta ſit in re certa, vel in quota bonorum?*

SUMMARIUM.

SI ſubſtitutio in re certa, vel quota bonorum facta ſit legatario, vel fideicommiſſario, cui talis res, vel quota relicta eſt, non trahitur vltra relictum in ipſa ſubſtitutione expreſſum; num. 296.

Subſtitutio in re certa, vel quota bonorum facta hæredi, non trahitur ad totum, ſi talis hæres habet alium ſubſtitutum vniuerſalem; num. 297. Secus autem ſi talem vniuerſalem ſubſtitutũ non habeat, & dicta ſubſtitutio particularis facta ſit per verbum ciuile; numer. 298. Si autem ſit facta per verbũ commune, tunc ad totum non trahitur; num. 299.

Quid ſi hæredi inſtituto in re certa datus ſit ſubſtitutus in tali re, per verbum Subſtituo, *vt dicendo;* Si Petrus, quem in tali fundo inſtituo, non erit hæres, ſubſtituo illi Seium? *num.* 300.

296 PRo reſolutione aduerte, Vulgarem ſubſtitutionem in re certa, vel in quota bonorum, non ſolùm poſſe fieri hæredi, ſed etiam legatario, vel fideicommiſſario talis rei, vel quotæ, vt conſtat ex dictis *ſect. 1. hujus diſp. num.* 3. & 7. Si ergo talis ſubſtitutio facta ſit legatario, vel fideicommiſſario, cui res certa, vel bonorum quota relicta ſit, citra omnem dubitationem eſt, illam non trahi vltra relictum in ipſa ſubſtitutione expreſſum, vt ſi teſtator ita dixiſſet; *Relinquo mea arma, & meos libros Petro, ſi autem ille, me viuo, moriatur, vel aliàs non potuerit, aut noluerit hoc legatum capere, dicti mei libri dentur Paulo.* In hoc caſu, ſi Petrus legatum non capiat, quia noluit, aut non potuit, non propterea debetur totum Paulo, ſed tantùm libri, in quibus fuit ſubſtitutus. Nam cũ ſubſtitutio in legatis, & fideicommiſsis grauet hæredem, eſt illi odioſa, & ſic non debet extendi, neque vllum eſt jus, quod talem extenſionem induxerit.

Si autem dicta ſubſtitutio facta ſit hæ- 297
redi, diſtinguendum eſt. Nam vel talis hæres, vltra ſubſtitutum in re certa, vel quota bonorum, habet alium ſubſtitutum vniuerſalem: & tunc ſubſtitutio in re certa, vel bonorum quota, non trahitur vltra ipſam rem, vel quotam à teſtatore expreſſam, illamque tantùm capit ſubſtitutus, qui in hoc caſu habetur loco legatarij, vt conſtat per *l. Quoties,* 13. *Cod. de Hæred. inſtit.* vbi id expreſsè habetur de inſtituto in re certa cohæredem vniuerſalem habente. Eadem quippe eſt ratio de ſubſtituto: nam vt ſe habet inſtitutio ad inſtitutum, ita ſubſtitutio ad ſubſtitutum, *l. Cohæredi, in princip. ff. de Vulgari, l. In ratione, §. Si filio, ff. Ad leg. Falcid.*

Vel non habet ſubſtitutum vniuerſa- 298
lem; & tunc, aut dicta ſubſtitutio particularis reperitur facta per verbum directum, & ciuile, & ſi dictum ſit; *Si Titius à me inſtitutus noluerit, aut non potuerit eſſe hæres, inſtituo in tali fundo Seium.* Et in hoc caſu communis, & vera reſolutio eſt, quòd talis ſubſtitutio trahitur ad totam hæreditatem. Primò, quia inſtitutio in re certa, ſi non datur cohæres vniuerſalis, trahitur ad totum, *l. 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæred. inſtit.* Eadem autem eſt ratio de ſubſtitutione *d. l. Cohæredi, in princip. & d. §. Si filio.* Secundò, quia in eadem *l. Cohæredi, §. fin.* ita deciditur in ſubſtitutione Pupillari, juxta communem traditionem: ergo idem dicendum in Vulgari, cùm eadem ſit ratio. Tertiò denique, quia alioqui eueniente caſu dictæ ſubſtitutionis, euaderet teſtator ex parte teſtatus, & ex parte inteſtatus, contra regul. *l. Ius noſtrum, ff. de Regul. jur.* & ita ſentiunt Bald. *conſil.* 196. *col.*

*col.*2. *volum.*4. Jaſ. *in l. Centurio, col.*17. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa, *num.* 95. Caſtr. *in l. Precibus, num.*13. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Curtius jun. *in l. fin. numer.*41. *Cod. de Edicto D. Adr. tol.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.*34. *num.* 19. & alij, quos citat & ſequitur Fuſar. *de Subſtit. q.*71. *num.*1.

299 Aut reperitur facta illa ſubſtitutio per verbum commune, vt ſi dictum eſſet; *Si Titius à me inſtitutus non fuerit hæres, relinquo talem fundum Seio*, vel, *Succedat in tali fundo Seius:* & tunc non trahitur ad vniuerſalem ſucceſſionem: vnde, inſtituto non adeunte, ſubſtitutus per illam Vulgarem non poteſt capere totum, & teſtamentum perire neceſſe eſt. Ita cum Barth. Bald. Angel. & cæteris, *in l. His verbis, ff. de Hæred. inſtit.* Peregr. *d. art.* 34. *ſub num.* 19. *verſ. Aut fuit facta*: & patet, quia verbum commune adjectum rei certæ, vel quotæ bonorum, non trahitur ad totum, vt probat text. *in l. Cogi, §. Generaliter, ff. Ad Trebel.* & diximus latè *diſp. præced. ſect.*3. *num.*30.

300 Aduerte autem, ſi hæredi inſtituto in re certa datus ſit ſubſtitutus in tali re, per verbum, *Subſtituo*, vt dicendo; *Si Petrus quem in tali fundo inſtituo, non erit hæres, ſubſtituo illi Seium*; videri in tali caſu trahendam eſſe ſubſtitutionem ad totam hæreditatem, quemadmodum trahitur inſtitutio, cui reſpondet. Nam licèt verbum, *Subſtituo*, ſit commune, vtpote indifferens ad ſignificandam ſucceſſionem directam & obliquam, vniuerſalem & particularem; tamen quando per illud ſimpliciter datur alicui ſubſtitutus, ſignificat determinatè ſecundam inſtitutionē ejuſdem rationis cum prima, ex qua vocatus eſt ille, cui ſit ſubſtitutio; ſufficienter namque per ipſam primam inſtitutionem ejus ſignificatio determinatur; vt ſenſus ſit, velle teſtatorem vt deficiente primo inſtituto, obtineat ſubſtitutus quidquid ille obtenturus eſſet. Nam ſubſtitutio ſimpliciter facta regulatur per inſtitutionem, *l.* 1. *& ibi DD. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* igitur cùm in caſu propoſito inſtitutio facta in re certa porrigatur ad totam hæreditatem, *l.* 1. *§. Ex fundo, ff. de Hæred. inſtit.* profectò ſubſtitutio illi correſpondens facta ſimpliciter per verbum, *Subſtituo*, ad totam hæreditatem trahenda eſt. Quod intellige, niſi ſimul concurrat aliquis vniuerſaliter inſtitutus, vel ſubſtitutus, vt per ſupradicta *num.* 297. juxta *l. Quoties, C. de Hæred. inſtit.*

§. 19. *Si plures fratres ſint vulgariter ſubſtituti, an vtrimque conjuncti excludant conſanguineos tantùm, vel vterinos?*

SUMMARIUM.

Diſtinguitur duplex caſus in propoſita quæſtione, num 301.

Si teſtator habens, v.c. duos filios ex vna vxore, & duos ex alia, omnes inſtituit, & ad inuicem ſubſtituit; vnus autem illorum noluit, aut non potuit eſſe hæres, non tantùm frater qui ei erat vtrimquè conjunctus, ſed etiam alij duo fratres ad ejus portionem admittuntur; num. 302. *& ſeq.*

Prædicta reſolutio procedit etiam quando ageretur de tacita Vulgari, vel de jure accreſcendi. Et vtrùm ſimiliter ſit dicendum, quando ageretur de Pupillari, vel Fideicommiſſaria ſubſtitutione reciprocè inter prædictos filios facta? num 304.

Limitatur primò prædicta reſolutio principalis, vt non procedat, quando pater in inſtitutione conjunxit re, & verbis filios primæ vxoris, & ſimiliter filios ſecundæ inter ſe, ſeparatim ab alijs: quòd tunc in locum ejus, qui hæres nō extitit, ſolùm admittatur, qui re & verbis illi conjunctus eſt; numer. 305. *Id verò intelligitur niſi ex verbis teſtatoris ſufficienter colligatur, eum voluiſſe, vt omnes admitterentur: quod exemplis declaratur, num.* 306.

Limitatur ſecundò, vt non procedat, quando pater inſtituit in maiori portione filios vnius vxoris, quàm alterius, num. 307.

Dicta principalis reſolutio cum ſuis ampliationibus, & limitationibus procedit ſimiliter in ſubſtitutione facta per matrem filijs habitis ex diuerſis matrimonijs; num. 308.

Quando teſtator ſubſtituit fratres ſuos hæredi à ſe inſtituto, vtrùm eueniente caſu ſubſtitutionis admittendi ſint ſoli ejus fratres vtrimque conjuncti, vel etiam alij ex altero tantùm latere conjuncti? Prima ſententia eſt, ſolos vtrimque conjunctos eſſe admittendos. Et hæc probatur; num. 309. *Secunda tenet, tam vtrimque conjunctos, quàm ex altero tantùm latere admitti, & quibus fundamentis; numer.* 310. *Prior ſententia præfertur, & ſoluuntur fundamenta ſecundæ; numer.* 311.

Prædicta prima ſententia limitatur primò, vt non procedat quando teſtator ſolùm haberet vnum fratrem ſibi vtrimque conjunctum. Hæc tamen limitatio eſt difficilis; num. 312.

Secundò limitatur, niſi teſtator vocaſſet fratres ſigno vniuerſali, vt, Subſtituo omnes fratres meos; *num.* 313.

Tertiò limitatur, niſi teſtator aliqua ratione ſignificaſſet, ſe non minùs diligere fratres ex altero tantùm latere, quã ex vtroque ſibi conjunctos; num. 314.

Quartò limitatur, vt non ſolùm fratres vtrimque conjuncti, ſed etiam conſanguinei tantùm vocati cenſeantur, quando teſtator ſubſtituit ſimpliciter agnatos per Cõpẽdioſã, vt ſi dixit; Decedente filio meo hęrede inſtituto ſine liberis, maneant mea bona in perpetuum in mea familia pro conſeruatione agnationis, *vel,* Subſtituo agnatos meos; *num.* 315.

Vtrum quando teſtator extraneus ſubſtituit fratres hæredis inſtituti, admittantur ſimul omnes ejus fratres, etiam ex altero tantùm latere ei conjuncti? num. 316.

301 ANtequam tranſeamus ad ſecundũ effectum Vulgaris ſubſtitutionis, viſum fuit præmittere hanc quæſtionem; quæ cùm verſetur circa ſucceſsionem hæreditariam ex vi dictæ Vulgaris, non minùs ſpectat ad primum effectum, qui eſt deuoluere ſucceſsionem ad ſubſtitutum, quam quæ hactenus à §. 15. ſub illo collocatæ ſunt. In propoſita igitur quæſtione duplex caſus diſtingui ſolet. Primus eſt quando pater condidit teſtamentum inter filios, quos ex diuerſis vxoribus ſuſceperat, & illos inuicem vulgariter ſubſtituit. Secundus eſt, quando teſtator habens plures fratres, quoſdam ex vtroque latere ſibi conjunctos, quoſdam verò conſanguineos tantùm, vel vterinos (ideſt ſolùm ex parte patris, vel ex parte matris ſibi conjunctos) proprium filium, vel aliquem alium ſibi hæredem inſtituit, & illi ſubſtituit vulgariter fratres ſuos, vt ſi dixit; *Si filius meus hæres non erit, ſubſtituo illi fratres meos.*

Quòd attinet ad primum caſum, quæſtio eſt, ſi teſtator habebat v.g. duos filios ex vna vxore, & duos ex alia, quos omnes hæredes inſtituit, & ad inuicem ſubſtituit: vnus autem ex eis noluit, aut non potuit eſſe hæres. Vtrùm ad ejus porrionem admittendi ſint omnes ejus fratres, vel ille tantùm, qui ei erat vtrimque conjunctus? Reſpondetur admitti omnes fratres. Ita ſentiunt Barth. *in l. Lucius, num.* 21. *verſ. Quæro, quidam, ff. de Vulgari,* & ibidem Jaſ. *num.* 31. & Ripa *num.* 47. qui duo teſtantur de communi, Bald. *in l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, ff. de Vulgari,* & ibi Imola, & Caſtr. Barth. de Hueio *tract. de Subſtit. in materia de Reciproca, num.* 19. Zaſius *de Subſtit. cap.* 4. *vbi de Reciproca, num.* 11. *& ſeq.* Couar. *Pract. qq. c.* 38. *num.* 2. vbi plures refert, & teſtatur de communi, Mantica *de Conject. vlt. volunt. lib.* 8. *tit.* 7. *numer.* 3. *& tit.* 13. *num.* 6. Menoch. *de præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 75. *ſub num.* 1. Trentac. *de Subſtit. p.* 5. *cap.* 9. *ſub numer.* 2. *verſ. Cùm hæc igitur,* vbi relatis multis dicit hanc eſſe receptam ſcribentium ſententiam, Peregrin. *de Fideicom. art.* 20. *numer.* 15. dicens eſſe communiter receptam, Fuſar. *de Subſtit. q.* 79. & plures alij, quos hi referunt, licèt contrarium voluerit 302

erit Dinus, quem refert & refellit Barth. *in l. Re conjuncti, col. pen ff. de Leg.* 3.

303 Fundamentum eſt, quia per Vulgatem ſucceditur tantùm ipſi teſtatori, vt conſtat ex dictis §. 15. & patet per text. *Inſt. de Vulgari, in princip.* teſtator autem præſumitur æqualiter diligere omnes ſuos filios, velleque æqualitatem inter omnes ſeruare, §. *pen. Auth. de Nuptijs, & l. fin Cod. Communia vtriuſque judicij.* ergo per dictam Vulgarem omnes admittuntur, licèt ex diuerſis vxoribus fuerint progeniti. Confirmatur, quia eueniente caſu Vulgaris, portio inſtituti, cui talis ſubſtitutio facta eſt, manſit in patrimonio teſtatoris, nec vnquam inſtituto fuit acquiſita, *l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* ergo ad ſuccedendum in illa portione ex vi talis ſubſtitutionis, nō debet attendi maior, vel minor proximitas, vel affectio inſtituti, ſed ſolius teſtatoris, quæ in caſu propoſito eſt æqualis ad omnes filios.

304 Quæ reſolutio procedit etiam quando ageretur de tacita Vulgari, vel de jure accreſcendi, quod tacita etiam Vulgaris appellatur. Sic poſt Barth. *in d. l. Re cōiuncti*, & alios docet Couar. *d. num.* 2. Peregrin. *d cap. 9. num.* 16. & Mantica *d. tit.* 13. *num.* 6. & patet ex ſupra jacto fundamento, ſiquidem etiam per tacitam Vulgarem, & per jus accreſcendi, ſucceditur ſoli teſtatori, qui omnes filios pari affectione diligere præſumitur. Vtrum autem ſimiliter dicendum ſit, quando agitur de Pupillari, vel Fideicommiſſaria ſubſtitutione? ideſt, vtrum omnes filij, vel ſolùm vtrimque conjuncti, ex illis ſubſtitutionibus reciprocè inter eos factis, admittendi ſint? Non eſt res adeo facilis, neque ita conuenit inter DD. vt videre eſt apud Couar. *d. cap.* 38. Manticam *d. tit.* 7. *num.* 3. *& d. tit.* 13. *num.* 6. Menoch. *d. præſumpt.* 75. Peregrin. *d. art.* 20. 12. *& ſeqq.* Trentacinq. *d. cap.* 9. *à numer.* 3. & Fuſar. *d. q.* 79. qui diſcrepantes circa hoc opiniones proferunt, & excutiunt. Sed hac de re infra; cùm de Pupillari, & Fideicommiſſaria ſubſtitutione agemus.

305 Cæterùm præfata reſolutio limitatur primò, vt non procedat, quando teſtator in inſtitutione conjunxit re, & verbis filios primæ vxoris, & ſimiliter filios ſecundæ inter ſe, vt ſi dixit; *Inſtituo hæredes Caium, & Seium filios meos ex primo matrimonio in vna dimidia; & Titium, & Sempronium ex ſecundo matrimonio in altera dimidia, eoſque inuicem ſubſtituo.* Tunc enim vno illorum hærede non exiſtente, ſuccedit tantùm alter re, & verbis illi conjunctus. Ita declarant Barth. *in d. l. Lucius, num.* 21. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa, *num.* 47. & Alciat. *n.* 48. Bald. *in l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, ff. de Vulgari*, & ibi Imola, Caſtr. Iaſ. & Alciat. pluresque alij antiquiores, quos citant, & ſequuntur Menoch. *d. præſumpt.* 75 *num.* 4. Peregrin. *d. art.* 20. *numer.* 17. *&* 18. Trentacinq. *d. cap.* 9. *num.* 2. & Fuſar. *d. q.* 79. *num.* 4. Ratio eſt, quia quando cum jure ſubſtitutionis conjunctum eſt jus accreſcendi, præfertur ille ſubſtitutus cui jus accreſcendi competit, vt eſt text. *in d. §. Qui diſcretas*; in præſenti autem jus accreſcendi in portionem eius, qui deficit, competit tantùm cohæredi, qui re & verbis illi eſt conjunctus, *l. vnica, §. His ita definitis, verſ. Sin verò, Cod. de Caduc. tol.* ergo ille tantùm, qui re & verbis conjunctus eſt, ex dicta ſubſtitutione ſuccedit.

Intellige verò hanc limitationem, niſi teſtator talibus verbis vſus eſſet, vt ratio recti ſermonis non pateretur ſolùm conjunctum admitti, vt ſi pro caſu, quo vnus tantùm conjunctus remaneret, ſicut in exemplo ſupra poſito, ſubſtitutionem nihilominus faceret dando ſubſtitutos in numero plurali; vt quando ita dixiſſet; *Et ſi aliquo ex dictis filijs meis* (quorum ſcilicet duo fuere inſtituti conjunctim in vna dimidia, & alij in alia dimidia) *hæres non extiterit, ſubſtituo illi reliquos.* Tunc enim non tantùm conjunctus, qui ſuperfuerit, ſed etiam alij disjuncti vocati cenſentur. Ita cum Ruino, Surdo, & alijs Fuſar. *d. q.* 79. *num.* 7. *& q.* 494. *num.* 6. vbi in eandem ſententiam adducit Barth. *in l. vlt. in fine, ff. Ad Trebel.* Alex. *in l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, num.* 3. 306

&

& ibi Alciat *num.* 4. *ff. de Vulgari*, Ripa, *in l. Lucius*, *num.* 38. *ff. eod.* & plures alios. Ratio patet, quia aliàs non poteſt ſermo ſecundùm propriatatem verificari. Vnde non admitto, ſicut nec admittit Fuſar. *d.q.* 79. *num.* 6. quod Menoch. *d. præſumpt.* 75. *num.* 6. tradit, ſcilicet, quòd etiam quando teſtator in caſu propoſito ita dixiſſet, *Et aliquo ex dictis filijs meis ante adeptam hæreditatem decedente, ſubſtituo illi ſuperuenientes*, ſolus conjunctus, qui vnicus ſuperſit, admitti debet; ſi autem ille etiam non extet, tunc admittendos eſſe disjunctos. Id enim apertè confunditur ex prædicta ratione, nec in hoc fuit conſtans ipſe Menochius, nam contrarium docuit *conſil.* 434. *num.* 43. *verſ. Nono*, vbi etiam *num.* 45. citat Socin. ſen. Ruin. & Rolan. Addit Fuſar. *d.q.* 79. *num.* 8. cum Surdo *conſil.* 31. *num.* 23. *lib.* 1. idem dicendum, quando eſſent duo filij ex vna vxore, & tres ex alia, & euenerit caſus ſubſtitutionis in vno ex tribus: quòd tunc licèt numerus pluralis verificetur, attamen quia ſi caſus in vno ex duobus eueniſſet, etiam conjuncti ex alio latere vocati cenſerentur, planè ob ſeruandam æqualitatem idem dici debet, licèt caſus euenerit in vno ex tribus.

307 Limitatur ſecundò, vt non procedat etiam quando pater inſtituit in maiori portione filios vnius vxoris, quàm alterius; vt ſi habebat duos filios ex prima vxore, & tres ex ſecunda, & vnicuique ex illis duobus dedit quadrantem, ideſt tres partes hæreditatis, tribus verò alijs vnicuique ſextantem, ſeu partes duas hæreditatis: tunc enim non oſtendit parem affectionem ad omnes filios, & ita ceſſat ratio, qua prædicta reſolutio principalis nititur, fatendumque eſt, quòd in tali caſu vno illorum deficiente, non debent cæteri omnes ex ſubſtitutione admitti ſed tantùm ex vtroque latere illi conjũctus. Ita ſentiunt Crauet. *conſ.* 43. *numer.* 2. Mantica *lib.* 8. *de Conject. vlt. volunt. tit.* 7. *num.* 3. *fine*, Menoch. *conſil.* 198. *numer.* 17. & *d. præſumpt.* 75. *num.* 7. & Fuſar. *d.q.* 79. *num.* 11.

308 Quæ hactenus dicta ſunt, quando pater inſtituit, & reciprocè ſubſtituit filios ex diuerſis vxoribus ſuſceptos pari paſſu procedunt in inſtitutione ſimiliter facta per matrem pluribus filijs habitis ex diuerſis maritis. Vtrobique namque eadem militat ratio. Et hæc ſatis pro primo caſu.

Circa ſecundum caſum, quando ſcili- 093
cet teſtator ſubſtituit fratres ſuos hæredi à ſe inſtituto, maior eſt difficultas, an eueniente caſu ſubſtitutionis, admittendi ſint omnes ejus fratres, vel ſolùm ei vtrinque conjuncti, excluſis conſanguineis tantùm, vel vterinis? Qua in re prima ſententia eſt, fratres vtrinque teſtatori conjunctos eſſe admittendos, excluſis alijs. Primò, quia maior cenſetur eſſe affectio teſtatoris erga fratres ſibi vtrinque conjunctos, quàm erga ſibi conjunctos ex altero tantùm latere. Secundò, quia in ſucceſsione fratris ab inteſtato, præferuntur qui ei ſunt vtrinque conjuncti ex juris diſpoſitione, *Auth. Itaque, Cod. Communia de ſucceſſ. Auth. Poſt fratres, & Auth. Ceſſante, Cod. de Legitim. hæred.* teſtator autem vocando indefinitè fratres ſuos ad ſuam ſucceſsionem, prout in præſenti caſu, cenſendus eſt voluiſſe ſe conformare cum diſpoſitione juris. Ita ſentiunt Caſtr. *in l. vltim. num.* 5. *Cod. de Verb. ſignif* & ibi Jaſ *num.* 26 Corn. *conſ.* 37. *num.* 3. *lib.* 1. & *conſ.* 22. *num.* 14. *lib.* 2. Ruin. *conſ.* 165. *num.* 9. *lib.* 2. alijſque in locis, Socin. ſen. *conſ.* 51. *num.* 20. Dec. *conſ.* 153. *num.* 4. & *conſil.* 155. *num.* 3 & plures alij, quos referunt ac ſequuntur Menoch. *conſ.* 187. *num.* 40. & *conſ.* 198. *num.* 15. *lib.* 2. & *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 75. *num.* 21. Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 3. *dubit.* 4. *ſolut.* 3. *num* 47. *pag. mihi* 233. Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 20. *num.* 19. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 79. *num.* 37. [qui quanuis loquantur de fratribus teſtatoris ſubſtitutis per Fideicommiſſariam, idem tamen ſentiunt de ſubſtitutis per Vulgarem, cũ eadem prorſus ſit ratio, vt aduertit, & tenet in ſpecie Fuſar. *d.q.* 79. *num.* 12. neque citati DD. alijs nituntur fundamentis circa fideicommiſſarios, quàm illis ipſis, quæ pro

pro tradita reſolutione adduximus.

310 Secunda ſententia eſt, omnes fratres debere admitti, ideſt, tam vtrinque, quàm ex altera tantùm parte teſtatori conjũctos. Ita loquendo etiam de ſubſtitutis per Fideicommiſſariam tenent Ruin. ſibi contrarius *conſil.* 159. *num.* 16. *&* 17. *& conſil.* 168. *num.* 18. *volum.* 1. Peregrin. ſibi etiam contrarius *conſil.* 64. *numer.* 15. *lib.* 5. & Mantica *de Conject. vltim. vol. lib.* 8. *tit.* 13. *num.* 3 Fundantur primò in quadam recepta opinione DD. *in l. Gallus, §. Quidam rectè, ff. de Liber. & poſth.* vbi contra Barthol. communiter concludunt, quòd ſi teſtator ſubſtituit fratrem ſuum, & ejus filios, non intelligitur vocaſſe illos ordine ſucceſsiuo, ſed conjunctim, vt ſcilicet eodem tempore ſuccedant filij, & pater, non obſtante quòd is ſit proximior teſtatori, & magis ei dilectus, & quòd ſecundùm jus commune illi eſſet ab inteſtato ſucceſſurus priuſquam filij. Ergo ſimiliter in præſenti caſu, licèt fratres vtrinque teſtatori conjuncti cenſeantur magis ei dilecti, & ſucceſſuri eſſent ab inteſtato, priuſquam conſanguinei tantùm, vel vterini, id non debet obſtare, quominus omnes intelligantur conjunctim vocati, vt ſimul & eodem tempore ſuccedant. Secundò quia diſpoſitio teſtatoris vocantis abſolutè fratres ſuos, debet intelligi in propria ſignificatione verborum, à qua in dubio non eſt recedendum *l. Non aliter, ff. de Legat.* 3. *l. Si alij, ff. de Vſufr. legat.* frater autem ex altero tantùm latere conjunctus, propriè dicitur frater, *l. Iuriſconſultus, §. Idem faciendum, & §. Secundo gradu, ff. de Grad. & affinib.* Barth. *in l Lucius, §. Quæſitum, de Legat.* 3. Ergo cùm teſtator dicit, ſe ſubſtituere fratres ſuos, omnes ſunt intelligendi, tam vtrinque, quàm ex altera tantùm parte conjuncti.

311 Hæc tamen non cogunt recedere à prima ſententia, quæ eſt communis. Ad primum namque bene reſpondet Menoch. *d. præſumpt.* 75. *ſub num.* 21. eſſe diuerſam rationem in caſu, quo teſtator ſubſtituit fratrem, & ejus filios: nam eo ipſo, quòd copulatiuè vocauit patrem, & filios ſignificauit, ſe vocaſſe illos conjunctim, cùm ea ſit natura copulæ, *l. Duobus, ff. de Legat.* 1. & ita voluiſſe recedere ab ordine ſucceſsionis ab inteſtato, tantumque dilexiſſe filios fratris, quantum ipſum fratrem. At in noſtro caſu cùm indefinitè vocauerit fratres, datur locus præſumptioni, quod magis dilexerit vtrinque conjunctos, & voluerit ſe conformare cum jure communi, juxta quod in ſucceſsione ab inteſtato vtrinque conjuncti præferũtur. Ad ſecundum reſpondetur, licèt etiam ex altero tantùm latere cõjuncti propriè dicantur fratres, attamen ob maiorem conjunctionem, & affectionem cum vtrinque conjunctis eſſe locum præſumptioni, quòd teſtator vult iſtos præferri, quando relinquit fratribus indefinitè, vt in præſẽti. Reſpõderi etiam poteſt, quòd in noſtro caſu nomen, *Fratres,* eſt collectiuum cùm comprehendat fratres diuerſorum graduum, ideſt, tam vtrinque conjunctos, qui in ſucceſsione ab inteſtato ſunt proximiores; quàm conjunctos ex altero tantùm latere, qui ſunt remotiores: conſtat autem quòd vocati per nomen collectiuum plurium perſonarum exiſtẽtium in diuerſo gradu, cenſentur vocati ordine ſucceſsiuo, vt tradunt omnes *in d. l Gallus, d. §. Quidam rectè, ff. de Liber. & poſth.* & ideo fratres vtrinque conjuncti in ſpecie noſtri caſus cenſeri debent priùs vocati, cæteri verò non niſi ſecundo loco, & illis deficientibus: quod bene ſtat, quamuis omnes propriè dicantur fratres, quam reſponſionem tradit etiam Menoch. citatus.

Limitatur verò dicta prima ſententia 312
primò, vt non procedat, quando teſtator ſolùm haberet vnum fratrem ſibi vtrinq; conjunctum. Nam tunc dicendo ſe ſubſtituere fratres ſuos, etiam de conjunctis ex altero tantùm latere intelligendus eſt, vt ille pluralis numerus verificetur. Ita ſumitur *ex l. vltim. ff. Ad Trebel.* & tradunt Gabr. *conſil.* 121. *num.* 8. *&* 9. *lib.* 1. Gratus *conſil.* 18 *num.* 20. *verſ. Item quia, lib.* 2. Ruin. *conſ.* 268. *num.* 19. *lib.* 2. & alij, quos citant, & ſequuntur Menoch. *d. præſumpt.* 75. *n.* 22. Peregrin. *d. art.* 20. *num.*

Digitized by Google

*num.*20. & Fuſar. *d.q.*79. *num.* 38. Obſtat tamen, quia ſi fratres diuerſorum graduum intelliguntur vocari ordine ſucceſsiuo, vt proximè dictum eſt, bene verificatur ille numerus pluralis, ſi intelligamus teſtatorem vocare primo loco vnum tantùm ſibi vtrinque conjunctum, & reliquos ſecundo loco, in illius defectu: ſiquidem in tali caſu verum eſt dicere, quod vocauit fratres ſuos, nempe ordine ſucceſsiuo. Propter quam rationem ſatis mihi difficilis eſt prædicta limitatio.

313 Limitatur ſecundo, niſi teſtator vocaſſet fratres ſigno vniuerſali, vt dicendo; *Subſtituo omnes fratres meos.* Tunc enim etiam ex altera tantùm parte ei conjuncti vocati cenſerentur. Sic Caſtro *conſil.* 383. *num* 1 *lib.*1. Peregrin. *d. art* 20. *numer.*21. quia vniuerſalis locutio operatur, vt contineantur etiam quæ aliàs non continerentur, *l. Liberorum*, *§. Quod tamen Caſſius*, *& l. Iulianus*, *ff. de Legat.* 3. At hic etiam obſtare videtur, quod illa locutio vniuerſalis bene verificetur, ſi omnes fratres vocati intelligantur ordine ſucceſsiuo, nimirum vtrinque conjuncti primo loco, & illis deficientibus conſanguinei tantùm, vel vterini. Sed ad hoc reſponderi poteſt, quòd teſtator exprimendo ſe vocare omnes fratres ſuos, ſignificat ſe diligere æqualiter tam vtrinque, quàm ex altera tantùm parte conjunctos, & ſic omnes conjunctim vocare.

314 Limitatur tertiò, niſi teſtator aliqua ratione ſignificaſſet, ſe pariter velle honorare fratres ex altero tantùm latere, atque vtrinque ſibi conjunctos, vt ſi in ipſa ſubſtitutione expreſſè, aut relatiuè de conſanguineis, vel vterinis fecit mentionem. Nam tunc hi etiam pariter admitterentur, vt notauit Peregrin. *d. art.* 20. *num.* 20. *fine*, & Fuſar. *d.q.*79. *numer.*41. qui etiam *num.*46. aduertit idem eſſe dicendum, ſi teſtator in inſtitutione tantum honoraſſet fratres ex vno latere, quàm vtrinque conjunctos.

315 Limitatur quartò, quando teſtator habens fratres vtrinque conjunctos, & conſanguineos, ſeu ex parte ſolius patris conjunctos, non fecit ſubſtitutionem vocando fratres, ſed ſubſtituit ſimpliciter agnatos per Compendioſam, vt ſi dixit; *Decedente filio meo hærede inſtituto ſine liberis, volo vt bona mea maneant in perpetuum in mea familia pro conſeruatione agnationis meæ*, vel, *Subſtituo agnatos meos.* Tunc enim etiã conſanguinei tantũ admittentur cum vtrinque conjunctis. Ita Crotus *in l. Filiusfamil. §. Diui*, *numer.* 162. *ff. de Leg.* 1. Alciat. *conſ.* 37. *lib.*2. Mantica *de Conject. vlt. vol. lib* 8. *tit.*13. *num* 4. *&* 5. Menoch. *d. præſumpt.* 75. *numer.* 23. vbi alios refert, Peregrin. *art.* 20. *num.*19. *fine*, Fuſar. *d. q.* 79. *num.* 42. & alij, quos citant. Ratio eſt, quia cùm teſtator ſolam agnationem conſiderauerit, & hæc in ſolis conjunctis per viam maſculinam conſeruetur, conjunctio ex parte matris, quæ in vtrinque conjunctis concurrit, non auget jus ad ſucceſsionem, ad quam ſoli agnati vocantur. Confirmatur, nam ſimili modo frater conſanguineus tantùm ſuccedit in feudo ſimul cum fratre vtrinque conjuncto, eo quòd ad feudi ſucceſsionem ſoli agnati admittuntur, & jus cognationis non conſideratur, vt tradit Bald. *in cap.*1. *in fine, de Succeſſ. frat. & grad. ſuccid. in feud.* & ibi Aluar. & Præpoſit. quam deciſionem alij etiam probant, quos citant & ſequuntur Mantica, & Menoch. *vbi ſupra.*

Si quæras, vtrum quando teſtator extraneus ſubſtituit fratres hæredis inſtituti, admittantur ſimul omnes ejus fratres etiam ex altero tantùm latere ei conjuncti? Reſpondet negatiuè Simon de Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 3 *dubit.* 4. *ſolut.* 3. *ſub num.* 47. *verſ. Aut teſtator extraneus*, *pag. mihi* 233. vbi docet præferri debere illius fratres vtrinque conjunctos. At oppoſitum mihi videtur probabilius, cùm in iſto caſu reſpectu teſtatoris, cui ſucceditur, ceſſet ratio maioris conjunctionis, & affectionis erga vtrinque conjunctos, & alioqui etiam ex altero tantùm latere conjuncti propriè dicuntur fratres, *d. l. Iuriſconſultus*, *§. Idem faciendum*, *&* *§. Secundo gradu*, *ff. de Gradib. & affin.* & verba teſtatoris in ſignificatione propria intelligen- 316

ligenda ſunt, *d. l. Non aliter, ff. de Leg.* 3. *cum ſimil.*

§. 20. De ſecundo effectu Vulgaris ſubſtitutionis, qui eſt dare vires teſtamento, quod aliàs corrueret.

SUMMARIUM.

Certi juris eſt, quòd Vulgaris ſubſtitutio dat vires teſtamento. Et quomodo id procedat? num. 317.

Quando teſtamentum eſt nullum in primo gradu ob ſolemnitatis defectum, non accipit vires à ſubſtitutione Vulgari in eo facta; num. 318. *Id verò intelligitur, niſi ſubſtitutio eſſet facta in cauſam piam, vel inter liberos; num.* 319.

Quando inſtitutio, ſeu teſtamentum in primo gradu eſt nullum ob defectum ex parte teſtatoris, vt quia erat impubes, vel alia ratione inteſtabilis, non accipit tale teſtamentum vires à ſubſtitutione; num. 320.

Quando inſtitutio, ſeu teſtamentum in primo gradu corruit, ob ſolum defectum ex parte inſtituti, qui non velit, vel non poſſit eſſe hæres, neque alium hæredem facere, tale teſtamentum ſuſtinetur per Vulgarem ſubſtitutionem, ſi ex parte ſubſtituti ſimilis defectus non detur. Et ponuntur multi caſus, in quibus excluſo inſtituto, ſubſtitutus admittitur? num. 321.

Si inſtitutio fuit irrita, eoquod in ea fuit præteritus filius, qui erat in poteſtate teſtatoris, non ſuſtinetur teſtamentum per ſubſtitutionem Vulgarem; ſi etiam in ea filius fuit ſimpliciter præteritus: ſecùs autem, ſi in ea fuit legitimè exhæredatus; num. 322.

Si teſtamentum quoad inſtitutionem fuit ruptum per natiuitatem poſthumi in primo gradu præteriti, an vires accipiat in ſecundo gradu per ſubſtitutionem, ſi talis poſthumus in eodem ſecundo gradu fuit exhæredatus? Reſpondetur cum diſtinctione; numer. 323. *& ſeq..*

An ſi filius emancipatus eodem modo ſit præteritus à primo gradu, & exhæredatus à ſecundo, teſtamentum in primo gradu ruptum ex cauſa præteritionis, vires accipiat in ſecundo virtute ſubſtitutionis? num. 325.

Quod Vulgaris ſubſtitutio habeat regulariter hunc effectum, certi juris eſt, vt per *l.* 3. *in fine. ff. de Liber. & poſth. cum ſimil.* & patet ratione, ſiquidem hujuſmodi ſubſtitutio eſt ſecūda inſtitutio directa, per quam deficiente prima inſtitutione, creatur tam verè & propriè hæres, ſicut crearetur per primam, ſi teſtamentum in primo gradu ſubſiſteret. Igitur quemadmodum per primam inſtitutionem, quando illa ſtat, conſtituitur eſſentialiter, & ſubſtantialiter teſtamentum validum in primo gradu; ita etiam conſtituitur in ſecundo gradu per Vulgarem ſubſtitutionem, quando ei locus eſt ob primæ inſtitutionis defectum; & ſic talis ſubſtitutio efficit, vt teſtamentum ſubſiſtat, quando aliàs ob defectum primæ inſtitutionis periturum erat. Dixi autem, habere hunc effectum, *regulariter*; quia interdum illo caret, vt ſtatim patebit. Exponendum itaque nobis hic eſt, quandonam Vulgaris ſubſtitutio det vires teſtamento, quod in primo gradu eſt nullum, & quando non? Ad quod ante omnia notandum, teſtamentum poſſe eſſe nullum, vel ob defectum ſolemnitatis: vel ob defectum teſtatoris, vt quia erat impubes, vel filiusfamiliâs, vel ſeruus pœnæ, vel deportatus, aut quauis alia ratione ad teſtandum inhabilis, vel denique od defectum inſtituti, vt quia eſt deportatus, vel aliàs incapax recipiendi ex teſtamento, vel quia noluit eſſe hæres, aut non fuit inſtitutus, qui inſtitui debuit, vt quando filius eſt præteritus, vel exhæredatus injuſtè. 317

His poſitis, certum in præſenti eſt, quòd quando teſtamentum eſt nullum in primo gradu ob ſolemnitatis defectū, non accipit vires à ſubſtitutione Vulgari 318

in eo facta. Ratio patet, quia ſolemnitas iuris eſt ſimpliciter neceſſaria ad valorem teſtamenti, *l. Hac conſultiſsima, in princ. & §. Ex imperfecto, Cod. de Teſtam.* & diximus *ſupra, diſp. 2. ſect. 2. præſertim, num. 23. & 26.* Vnde tam neceſſaria eſt ad teſtamentum validum in ſecundo gradu, quàm in primo; ſiquidem in vtroque eſt verè, ac propriè teſtamentum: igitur ſi teſtamentum, ob ſolemnitatis defectũ eſt nullum in primo gradu inſtitutionis, non poteſt reddi validum in ſecundo virtute ſubſtitutionis, cùm illud vitium vtrique gradui ſit commune. Propter quam rationem diximus *ſupra, §. 3. in princip.* ad valorem ſubſtitutionis Vulgaris requiri omnes iuris ſolemnitates, quæ ad valorem teſtamenti ſunt neceſſariæ.

319 Intellige vero hanc reſolutionem, niſi ſubſtitutio eſſet facta in cauſam piam; nam tunc ſuſtineretur teſtamentum in gradu talis ſubſtitutionis, non obſtante defectu ſolemnitatis, ex quo eſſet nullum in primo gradu inſtitutionis ad cauſas nõ pias factæ; ſiquidem ad valorem diſpoſitionis piæ ſolemnitas iuris neceſſaria non eſt, vt docent omnes, & nos latè explicuimus *diſp. præcedenti ſect. 9. § 3.* Intellige ſimiliter, niſi ſubſtitutio facta eſſet inter liberos: vt ſi pater in primo gradu inſtituiſſet extraneum, liberis in eo gradu exhæredatis, & ſi ille non foret hæres, eoſdem liberos inſtituiſſet in ſecundo gradu. Tunc enim ſi tale teſtamentum careret ſolemnitatibus iuris, eſſet nullum in primo gradu, at ſuſtineretur in ſecundo virtute ſubſtitutionis, cũ ad valorẽ diſpoſitionis inter liberos ſolemnitas iuris non requiratur, *d. §. Ex imperfecto, & l. vltim. Cod. Famil. erciſcund.* & tradidimus *diſp. præced. ſect. 7. §. 5. num. 188.*

320 Certum præterea eſt, quòd quando inſtitutio, ſeu teſtamentum in primo gradu eſt nullum ob defectum ex parte teſtatoris, vt quia erat impubes, vel mente captus, aut alia quapiam ratione inteſtabilis non accipit tale teſtamentum vires à ſubſtitutione. Ratio eſt manifeſta, quia inhabilitas teſtandi pari modo ſe habet reſpectu teſtamenti in primo gradu, atque in ſecundo; & ideo quando ratione talis defectus ex parte teſtatoris, teſtamentum eſt nullum in primo gradu, non poteſt eſſe validum in ſecundo virtute ſubſtitutionis. Et quidem ſi ei, qui eſt inhabilis ad teſtandum non permittitur codicillari, *l. Diui, 6. §. penult. & l. Conficiuntur, 8. in princip. verſ. Codicilli, ff. de Iure codicil.* multò minùs permittetur ſubſtituere directè in hæreditate; cùm hoc ſit maius, imò ſit verè ac propriè teſtari. Si autem detur caſus, in quo defectus teſtatoris ceſſet reſpectu ſecundi gradus, tunc bene per ſubſtitutionem vires accipiet teſtamentum, vt notauit Barth. *in l. 1. numer. 28. ff. de Vulgari,* & conſtat argum. *l. Namſi miles, 7. ff. de Iniuſt. rup. teſtam.* docentque alij apud Fuſar. *de Subſtitut. quæſt. 23. numer. 27.*

Certum eſt tertiò, quòd quando inſtitutio corruit ob defectum ex parte inſtituti, coquod inſtitutus non vult, aut non poteſt eſſe hæres, tunc per Vulgarem ſubſtitutionem teſtamentum ſuſtinetur, ſi ex parte ſubſtituti ſimilis defectus non detur. Patet, quia in tali caſu nihil eſt, quòd hunc effectum impediat; & ita habetur per *l. Iam dubitari, ff. de Hæred. inſtit. & l. Cùm proponas, Cod. eod. tit. cum ſimil.* Itaque admittitur ſubſtitutus, & valet teſtamentum in gradu ſubſtitutionis, quando inſtitutus ob ſolum ſuum defectum excluditur, vt hæres non ſit, neque alium hæredem faciat; ſiue id contingerit, quia excluſus eſt tempore, ideſt, quia non adiuit intra tempus ſibi præſtitutum, *l. Quandiu inſtitutus, 68. ff. de Acquir. hæred.* ſiue quia excluſus eſt morte, ideſt, quia mortuus eſt non aditã, neque tranſmiſſa hæreditate, *l. vnica, §. Pro ſecundo,* ibi: *Subſtitutus, Cod. de Caduc. tol. & l. Thais, §. Splendophorus, ff. de Fideicommiſſar. libert.* ſiue quia eſt excluſus deportatione, vel alia damnatione, *l. Gallus, §. Et quid ſi tantũ, ff. de Liber. & poſth.* ſiue quia eſt filius ſpurius teſtatoris, *l. 2. C. de Hæred. inſt.* ſeu quia habetur pro nõ ſcripto, vt ſi fuit inſtitutus qui tẽpore, quo factũ eſt teſtamentũ, 321

in

in rebus humanis non erat, *l. 3. §. vlt. ff. de Liber. & poſth. d. l. 2. Cod. de Hæred. inſtit. l. vnica, §. In primo, & §. In nouiſſimo, Cod. de Caduc. tol.* vel aliqua alia ratione incapax ſuccedendi ex teſtamento, vt ex prædictis conſtat. Atque in his DD. omnes conueniunt, traditque Barth. *in d. l. 1. num. 24. ff. de Vulgari.*

Si autem inſtitutio euaſit irrita, eo-
322 quod non fuit inſtitutus, qui inſtitui debuit, quia ſcilicet fuit in ea præteritus filius, qui erat in poteſtate teſtatoris; tunc diſtinguendum eſt: nam vel talis filius fuit etiam ſimpliciter præteritus in ſubſtitutione; & tunc cùm idem ſit vitium ſubſtitutionis, non poteſt per eam ſuſtineri teſtamentum, ſed tam in primo, quã in ſecundo gradu manet irritum, ideſt, tam quoad inſtitutionem, quàm quoad ſubſtitutionem; & ſolùm quoad legata, & reliqua in eo cõtenta ſuſtinetur per *Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter.* vt cum Barth. ibid. & communi ſententia diximus *diſp. præced ſect. 4. §. 2. num. 73.* vel non fuit præteritus ſimpliciter, ſed exhæredatus, insertâ cauſâ, vt ſi teſtator ita dixit, *Si Titius à me inſtitutus non fuerit hæres, ſubſtituo illi Seium, & exhæredo filium meum Sempronium, quia me grauiter percuſsit:* & in hoc caſu valet ſubſtitutio, & dat vires teſtamento in ſecundo gradu, vt probat text. *in d. l. 3. §. fin ff. de Liber. & poſth.* & tenet communis ſententia cum Barth. *in d. l. 1. num 24. verſ. Primo caſu, ff. de Vulgari.*

323 Si verò poſthumus ſit præteritus in primo gradu, & ſimiliter exhæredatus in ſecundo, teſtamentũ ruptum in primo gradu per natiuitatem poſthumi, qui ſe præteritum inuenit, non accipit vires in ſecundo gradu per ſubſtitutionem, ſi extat inſtitutus, quãdo poſthumus naſcitur: ſecus autem, ſi jam tunc inſtitutus in primo mortuus eſt, hæreditate non adita. Prior pars hujus reſolutionis conſtat per text. *in l. Nam & ſi ſub conditione, §. fin. ff. de Injuſto rupto, & ir. teſt.* Et ratio cur ita conſtitutũ eſt in poſthumo, cùm aliud ſit in jam nato exiſtente ſub poteſtate, vt per *d. l. 3. § fin.* eſt, quam attingit Barth. loco proximè citato, & eo non allegato tradit, & valde cõmendat Trentac. *de Subſt. p. 1. c. 10. n. 4.* quia teſtamentũ in quo poſthumus eſt præteritus, non eſt nullũ à principio, ſed poſthumus naſcẽdo illud rũpit, *l. 1. C. de Poſth hæred. inſt. & l. 2. C. de Bonor poſſeſſ. contr. tab.* & non rumpit illud niſi ad vtilitatem ſuam, vt nimirũ ſibi locũ faciat, *d. l. Nam, & ſi ſub conditione, in fin.* Si autem in caſu propoſito ſolũ rũperet teſtamentum in primo gradu, in quo eſt præteritus, non verò in ſecũdo in quo eſt exhæredatus, non vtiq; rumperet in ſui vtilitatem, ſed in vtilitatem ſubſtituti, cui & non ſibi locũ faceret; quod jus, & ratio non admittit. In caſu autem quo filius jã natus eſt præteritus, teſtamentũ à principio eſt nullũ ipſo jure, & nõ fingitur rũpi per ipſum filium, ſicut in prædicto caſu poſthumi præteriti; & ideo non mirum, quòd eodem filio exhæredato à ſecundo gradu, vires accipiat teſtamentũ in eodẽ gradu per ſubſtitutionem, cũ ſecluſa ratione rũpendi ſibi teſtamentum, nulla ſit alia, ex qua talis effectus impediatur.

Et hinc probatur, & declaratur ſecun- 324
da pars prædictæ reſolutionis, quòd ſcilicet dictũ teſtamentũ ſumit vires à ſubſtitutione, ſi tempore quo poſthumus naſcitur inſtitutus in primo gradu mortuus eſt, hæreditate non adita; quia in tali caſu per mortẽ inſtituti perijt teſtamentũ in primo gradu: vnde poſthumus, qui poſtea naſcitur, inueniens ſe in eo gradu præteritũ talem gradũ non rumpit, cùm jam ſit peremptus: & ſic non rũpit etiam ſecundũ gradũ, à quo eſt exhæredatus, ſed admittitur ſubſtitutus, quemadmodũ quando filius jam natus à primo gradu eſt præteritus, & à ſecũdo exhæredatus. Atq; ita habetur per text. expreſſũ in *l. 1. §. Si võter ff. de Võtre in poſſeſ. mit.* & tradit bene Trent. *d. c. 10. n. 1. & 4. verſ. Et hinc ex ſupradictis,* vbi notat idẽ eſſe quoties ſimili de cauſa perẽptus eſſet primus gradus, quãdo poſthumus naſcitur, vt quia inſtitutus repudiauerat, vel erat incapax, &c.

Quòd ſi filius emancipatus eodem
modo ſit præteritus à primo gradu, & 325
exhæredatus à ſecundo, tunc rupto

primo gradu ex cauſa præteritionis, non accipit teſtamentum vires in ſecundo per ſubſtitutionem, ſi inſtituti in primo gradu viuunt, vt probat text. *in l. Non putauit, § A primo, ff. de Bonor. poſſeſ. contra tabul.* vt bene cum Barth. conſiderat Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 2. & conſtat facilè ex dictis, quia teſtamentum, in quo filius emancipatus preteritus eſt, non eſt irritum de jure Ciuili, ſed ſolùm per jus preteritum tali filio conceditur, vt petendo bonorum poſſeſsionem contra tabulas, poſsit illud infirmare, *§ Eadem hæc, Inſt. de Hæredit. quæ ab inteſt. defer. l.* 1. *& ſeqq. ff. & Cod de Bonor. poſſeſ. contra tabul.* Unde cùm hoc remedium fuerit inductum in fauorem talis filij, vt ſibi, & non alteri locum faceret, planè fit vt quando hujuſmodi remedio vtitur aduerſus primum gradum, in quo eſt preteritus, etiam excludat ſecundum in quo eſt exheredatus; ne contra mentem juris non ſibi, ſed alteri, ideſt ſubſtitutis, locum faciat. Secùs erit ſi tempore, quo talis filius dicto remedio vult vti, jam inſtituti in primo gradu ſint mortui, non adita hæreditate, vel aliàs ab ea excluſi, vt per proximè dicta *num. præced* Aduerte autem quod forſan hodie ſecundùm jus nouiſsimum Authenticorum, *in §. Aliud quoque capitulum, & §. Siue igitur omnes, Authent. Vt cum, de Appel. cognoſc.* illud ipſum, quòd *num.* 322. dictum eſt in filio exiſtente ſub patris poteſtate, ſimiliter & indiſtinctè dici debet in emancipato; quia per prædictum jus nouum videtur conſtitutum, vt eodem modo ſit, & habeatur nullum teſtamentum, quo eſt præteritus, vel injuſtè exhæredatus filius emancipatus, atque exiſtens in poteſtate patris, vt ſentit Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *num.* 34. & Molin *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 175. *prope finem:* Quid tamen in hac re ſentiam infra ſuo loco, vbi de materia ex profeſſo agemus, declarabitur.

(:)

§. 21. *Expediuntur aliquæ quæſtiones circa prædictum effectum ſubſtitutionis Vulgaris.*

SUMMARIUM.

Vtrum annullata inſtitutione per querelam fratris, eoquòd inſtituta ſit perſona turpis, ſuſtineatur teſtamentum per Vulgarem ſubſtitutionem, atque ex ea ſubſtitutus admittatur excluſo fratre teſtatoris? num 326.

Subſtitutio facta ei, qui non fuit inſtitutus, dat vires teſtamento; num. 327.

Si inſtitutus non poſsit eſſe hæres eo modo quo teſtator voluit, ſed alio modo, quia nimirum fuit inſtitutus Suus, & tempore quo teſtator moritur, reperitur emancipatus, an tunc ſit locus ſubſtitutioni, & ab ea vires capiat teſtamentum? Reſpondetur cum diſtinctione; num. 328. *& ſeq.*

Vtrum teſtamentum poſsit capere vires à tacita Vulgari comprehenſa in Pupillari expreſſa, ſi pupillus poſt mortem patris deceſsit non aditâ, nec aliàs acquiſita hæreditate paterna? Prima ſententia negat; num 330. *Secunda, & verior affirmat; num.* 331.

Expreſſo vitiato non vitiatur tacitum in eo comprehenſum, quando tacitum venit æquè principaliter, ſed quando venit acceſſoriè, & vt ſequela expreſsi; num. 332.

Si pupillus, cui pater expreſſè ſubſtituit pupillariter, paternam hæreditatem repudiet, ſumit vires teſtamentum paternum à tacita Vulgari comprehenſa in Pupillari expreſſa; num. 333.

Quando pupillus, cui pater ſubſtituit pupillariter, eſt inſtitutus ſolus, & non aditâ, nec repudiata hæreditate deceſſit, non capit teſtamentum vires à tacita Vulgari comprehenſa in Pupillari, ſed tranſmittitur hæreditas patris ad ſubſtitutum hæredem pupilli, ipſeque ſubſtitutus eam capit jure tranſmiſsionis, non ex tacita Vulgari; numer. 334. *Et idem eſt quando pupillus*

eſt

eſt inſtitutus ſimul cum alio cohærede Suo, ideſt, jus Suitatis habente; n.335.

Quid, ſi cohæres datus pupillo eſt extraneus? num.336. & ſeqq.

Datio cohæredis extranei tollit à pupillo exiſtentiam Suitatis quoad effectum confirmandi tabulas pupillares; non ita verò quoad effectum tranſmittendi hæreditatem non aditam ad quoſcumque hæredes ipſius pupilli; d. num.336. Sed contra; num.338.

In omnibus caſibus, in quibus pupillus habens cohæredem extraneum deceſsit ante acquiſitam hæreditatem paternam, habet locum tacita Vulgaris comprehenſa in expreſſa Pupillari ei factâ, & per eam accipit vires teſtamentum patris ipſius pupilli, licèt cohæres ei datus non adeat hæreditatem; n.337.

Per dationem cohæredis extranei nõ impediri Suitatem pupilli, etiam quoad effectum confirmandi tabulas pupillares, aliqui probabiliter ſentiunt; n 338.

Licèt per dationem cohæredis extranei impediatur Suitas, id juxta aliquos procedit de datione talis cohæredis cum effectu: ſecus, ſi effectum non habeat, vt quia cohæres repudiauit; ibid.

Quando impuberi inſtituto, qui patris teſtatoris hæres non exiſtit, datus eſt ſubſtitutus Pupillaris aliquis ex liberis ipſius teſtatoris, qui aliàs non reperitur inſtitutus, teſtamentum accipit vires à tacita Vulgari, quæ in expreſſa Pupillari comprehenditur; n. 339.

Teſtamentum accipit vires à tacita Vulgari comprehenſa in Pupillari expreſſa, decedente pupillo in vita patris teſtatoris, ex communi ſententia; numer. 340. & ſeq. Contrariam ſententiam tenent non pauci; num.342. Ea tamen excluditur; num.343.

Prædictam communem ſententiam limitant aliqui cum Barth. vt non procedat, ſi pater mortuo impubere, potuit ſibi prouidere, faciendo aliud teſtamentum; num.344. Hæc tamen limitatio meritò ab alijs rejicitur; num.345. Excluduntur ejus fundamenta; num.346.

Explicatur fundamentum præſumptionis, ex qua tacita Vulgaris comprehendi intelligitur ſub expreſſa Pupillari; d. num.345. & ſeq.

Si Pupillaris ſubſtitutio ſit facta ventri, & is non naſcatur, vires accipit teſtamentum, & admittitur ſubſtitutus ex tacita Vulgari; num. 347.

Adhuc verò circa prædictum effectum nonnullæ ſunt quæſtiones minimè prætereundæ. Prima eſt, 326 vtrũ annullata inſtitutione per querelam fratris, eoquod inſtituta ſit perſona turpis, ſuſtineatur teſtamentum per Vulgarem ſubſtitutionem, atque ex ea ſubſtitutus admittatur, excluſo fratre? Videtur negandum per ſupradicta, ſiquidem frater rumpendo tale teſtamentũ, quoad primum gradum, id facit ad ſuam vtilitatem, vt nimirum ſibi locum faciat, & non ad vtilitatem ſubſtituti, quæ eſt ratio ob quam *ſupra, num* 323. *&* 325. diximus, quòd poſthumus, & filius emancipatus, rumpentes teſtamentum quoad primum gradum, in quo ſunt præteriti, rumpunt conſequenter ſecundum, à quo fuerunt exhæredati. Nihilominus tamen contrariam ſententiam tuetur latè Menoch. *conſil.* 1137. *dub.*2. & pro ea quandam deciſionem ſenatus Pedamontani refert Fuſar. *de Subſtit. q.* 52. *n.* 4. ex Theſauro *deciſ.*127. *& ſeq. n.*9. atque juxta hanc opinionem judicatum fuiſſe dicit Peregrin. *tract. de Iure Fiſci, lib.*3. *tit.*18. *n.*100. Neque eſt eadem ratio in hoc caſu, atq; quãdo poſthumus, vel filius emancipatus rũpunt teſtamentum. Nam fratri non eſt conceſſum, quod poſsit rumpere teſtamẽtum fratris ex eo præciſè quòd in illo ſit præteritus, ſed quòd ſit præteritus, vocatâ priùs perſona turpi, & per eam ab hæreditate ipſius fratris excludatur; quod in jure cenſetur abſurdum, vtpote cedens in dedecus, & contumeliam fratris præteriti: hoc autem abſurdũ ceſſat in ſubſtitutione perſonæ non turpis, nulla enim fratris præteriti eſt injuria, nullũ dedecus in eo quòd annullata inſtitutione perſonæ turpis, perſona honeſta ex ſubſtitutione admittatur, & ipſũ fratrẽ excludat, vt per ſe

ſe liquet. Poſthumis autem, & alijs filijs cōceditur ſimpliciter, & abſolutè, quod poſsint rumpere teſtamentum paternū, in quo ſe prætèritos repererint, atq; adeo vt ſimpliciter, & abſolutè ſibi locum faciant, reſpiciendo tantùm ad propriam ipſorum vtilitatem, quod non ſtaret, ſi rumpendo primum gradum, non ſibi, ſed ſubſtitutis locum facerent.

327 Secunda quæſtio eſt, vtrùm ſubſtitutio facta ei qui non fuit inſtitutus, det vires teſtamento: vt quando teſtator, non inſtituto Petro, dixit; *Si Petrus mihi hæres non erit, Paulus hæres eſto?* Reſpondetur affirmatiuè, cum Gloſ. *in l. Ex facto, 19. verb. Eſſet data, in fine, ff. de Hæred. inſtit.* vbi etiam Bald. Paul. Caſtr. & Imola, idemque tenent alij, quos citat, & ſequitur Mantica *lib. 5. de Conject. vltim. volunt. tit. 5. num. 4.* & Trentac. *de Subſtitut. p* 1. *cap.* 10. *num.* 6. Ratio eſt, quia quod Petrus non fuerit inſtitutus, non tollit quominus verificata ſit conditio, *Si hæres non erit*, ſub qua teſtator Paulum vocauit, & ſibi hæredem inſtituit; neque eſt aliquid quòd impediat, ne talis vocatio ſit valida, & efficax ad dandum vires teſtamento. Latiùs circa hanc quæſtionem diſputat Trentac. ſed non eſt, cur eam tanti faciamus.

328 Tertia quæſtio eſt, ſi inſtitutus poteſt quidem eſſe hæres, ſed non eo modo quo teſtator voluit, quia minimum fuit inſtitutus Suus, & tempore mortis teſtatoris reperitur emancipatus, an tunc ſit locus ſubſtitutioni, & ab ea vires capiat teſtamentum? Reſpondetur cum diſtinctione; nam vel talis ſubſtitutio fuit facta ex neceſsitate, juxta conſilium Galli, quod eſt, quando nepos ſubſtituitur filio in poteſtate: vel fuit facta ex voluntate, vt eſt, quando ſubſtituitur extraneus, vel alius, qui, emancipato filio inſtituto, non poteſt ſubintrare in locum Suitatis, à quo filius egreſſus eſt. In primo caſu habet locum ſubſtitutio: ſecus verò in ſecundo. Ita Barthol. *in l. 1. num. 29. ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 30. Socin. *num.* 34. Jaſ. *num.* 56. & cæteri communiter. Imola *in cap. Raynutius*, & alij, quos citat, & ſequitur Trentacinq. *d. cap.* 10. *numer.* 7. *&* 11.

329 Priorem partem hujus reſolutionis probat text. *in l. Gallus, § Et quid ſi tantùm, ff. de Liber. & poſthum.* Et ratio eſt, quia quando nepos ſubſtituitur filio, juxta conſilium Galli, talis ſubſtitutio fit principaliter in Suitate, ad hoc vt nepos intret in locum filij jure Suitatis, ſi fortè filius tempore mortis teſtatoris jam non exiſtat in rerum natura, vel non ſit hæres Suus; ne ſi tunc nepos ſe prætèritum reperiat, teſtamentum rumpat; cùm in tali caſu habeat primum locum in Suitate, & conſequenter jus rumpendi teſtamentum aui, ſi ab eo ſit præteritus. Ergo, cùm in noſtro caſu filius deſierit eſſe hæres Suus per emancipationem, habet locum dicta ſubſtitutio nepotis, & ab ea incipit teſtamentum. Nec obſtat, quòd hodie ſublata eſt differentia inter Suos, & emancipatos, per *Auth. de Hæredib. ab inteſtato, §. Nullam verò*; nam per hunc textum nihil mutatum eſt circa ſucceſsionem ex teſtamento, ſed tantùm circa ſucceſsionem ab inteſtato, vt notat Gloſ. *in d §. Et quid ſi tantùm, verb. Emancipatus, & in l. Si emancipati, Cod. de Collation.* alijſque in locis, quod etiam tenent Roman. Dec. & alij, quos citat, & ſequitur latiùs id probans Trentacinq. *ſupra, num.* 10. *& ſeqq.* patetque ſatis ex *d. §. Nullam verò, in fine.* Aliam partem probat text. *in d. l. Gallus, §. fin. & in l. Si paterfamil. Titium, ff. de Hæred. inſtit. & in §. Seruus autem, verſ. Si non, Inſtit. eod. tit.* eſtque citra dubium.

330 Quarta quæſtio eſt, vtrùm teſtamentum poſsit accipere vires à tacita Vulgari contenta in Pupillari expreſſa, ſi pupillus poſt mortem patris deceſsit, non aditâ, neque aliàs acquiſita hæreditate paterna; vt ſi deceſsit in captiuitate, in quam viuo patre deuenerat? Negant Dinus *in l.* 1. & ibi Jaſ. *num.* 85. dicit eſſe communem opinionem, *ff. de Vulgari*, Cyn. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ibi Franc. Jacob. de Rauen & alij, Din. *in l. Ita tamen, §. à Patre, ff. Ad Trebel. & in l. Quòd ſi filius, ff. de Vulgari*, Gloſ. *in*

in l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel. & ibi Din. & Rainer. Bald. *in l. Si pater filium, ff. de Vulgari,* & ibi Caſtr. Angel. *in l. Si pater captus, ff. eod. & in l. vnica, §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. tol. & in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari,* Joan. Andr. *in cap. Si pater, de Teſtament. in 6. & in Addition. ad Spec. rubr. de Teſtam.* & Corneus affirmans eſſe communem *conſil.* 199. *num.* 24. *lib.* 2. Ducuntur, quia in caſu propoſito vitiatur Pupillaris ſubſtitutio expreſſa ipſi pupillo facta, vt habetur *in l. 2. in princip. verſ. Adeo autem, ff. de Vulgari, & in l. Lex Cornelia,* 28. *verſ. Si verò viuo, ff. eod.* Ergo vitiatur etiam tacita Vulgaris comprehenſa in illa: nam vitiato expreſſo, neceſſe eſt vitiari etiam tacitum. quod in eo continetur, *l. 3. §. Qui habet, Cod. de Seruit. ruſtic. præd. & l. Si ſponſus, §. 1. ff. de Donat. inter virum, & vxor.*

331 Contrarium nihilominus tenent meritò Gloſ. *in d. l. Lex Cornelia, verb. Non exiſtimo, & in l. Si pater captus, verb. Subſtitutus, & vtrobique* Barthol. & alij *ff. de Vulgari,* idem Barth. *in l. 1. num.* 31. *ff. eod.* & ibi Alex. *num.* 30. Iaſ. *num.* 57. Socin. ſen. *num.* 35. Ripa *num.* 163. Alciat. *num.* 74. & Catal. *num.* 86. Bald. *in l. fin. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Barth. *in l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, num.* 3. *ff. Ad Trebel.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, numer.* 98. *de Teſtam.* vbi dicit eſſe communem, Couar. *ibid. §. 5. num. 5. verſ. Vndecimò,* Menchaca *de Succeſſ. progreſſ. lib. 2. §. 11. numer. 22. & ſeqq.* dicens eſſe communem, Zaſius *tract. de Subſtit. in materia de Vulgari, num.* 22. Mantica *lib. 5. de Conject. vltim volunt. tit. 5. num.* 4. & alij, quos refert Trentacinq. *de Subſtitut. p. 1. cap. 10. ſub num.* 16. vbi dicit eſſe communem, & Fuſar. *tract. de Subſtitut. q.* 23. *num.* 15. Fundamentum eſt, quia, tacita Vulgaris habet virtutem expreſſæ, vt *in l. vltim. num. 6. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* cum temperamento illius legis ſcribit Bald. & patet cùm regulariter, taciti & expreſſi eadem virtus dicatur, *l. Cùm quid, ff. Si cert. pet.* atqui per expreſſam Vulgarem factam filio impuberi, admittitur ſubſtitutus, & capit vires teſtamentum patris, ſi filius non ſit hæres, vt conſtat ex dictis, & eſt citra dubium; ergo ſimiliter per Vulgarem tacitam. Confirmatur, quia vt tacita Vulgaris locum habeat, non requiritur aditio pupilli, ſed quòd pupillus non adeat, nec ſit hæres: ſiquidem Vulgaris poſt aditam hæreditatē protinus extinguitur, *l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.*

332 Neque obſtat quod Aduerſarij in contrarium adducunt: nam tunc vitiato expreſſo vitiatur etiam tacitum, quando tacitum venit minùs principaliter, & acceſſoriè, tanquam ſequela ipſius expreſſi: tacita autem Vulgaris, quæ ſub expreſſa Pupillari comprehenditur, non eſt acceſſoria reſpectu illius, ſed per ſe, & æquè principaliter à teſtatore intenditur, & ideo non vitiatur, licèt Pupillaris expreſſa vitietur. Vnde diximus *ſupra, §. 2. numer.* 48. cum Barth. & multis alijs, locum eſſe tacitæ Vulgari, etiamſi Pupillaris expreſſa ab initio eſſet inutilis, vt quia facta eſſet extraneo, uel puberi, &c.

333 Maioris autem claritatis, atque vlterioris doctrinæ gratiâ aliqui caſus ſub propoſita quæſtione diſtinguendi ſunt. Primus eſt, ſi pupillus paternam hæreditatem repudiat, ſeu omittat. In hoc caſu citra dubium eſt, quòd à tacita Vulgari comprehenſa in expreſſa Pupillari ei facta, poteſt teſtamentum vires ſumere, atque ex ea adiri hæreditas paterna per ſubſtitutum. Nam in hoc caſu non ſolùm militat fundamentum reſolutionis ſupra traditæ, *num.* 331. ſed etiam ceſſat ratio contrariæ; quia repudiatio vel abſtinentia pupilli non vitiat tabulas pupillares, cùm hæ per exiſtentiam Suitatis ipſius pupilli confirmentur, & confirmatæ maneant, non obſtante repudiatione, vt eſt communis omnium ſententia per text. *in l. Si filius,* 12. *ff. de Vulgari, & in l. Filius, qui ſe paterna, ff. de Acquir. hæred.* & ita in ſpecie docet Trentacinq. *d. cap. 10. ſub num. 17. verſ. Ex prædictis.*

334 Secundus caſus eſt, quando pupillus ſolus eſt inſtitutus, (ideſt, quin ei cohæ-

res datus ſit) & non adita, nec repudiata hæreditate paterna poſt mortem patris deceſsit. In hoc caſu non accipit teſtamentum vires à tacita Vulgari, ſed tranſmittitur hæreditas patris ad ſubſtitutum hæredem pupilli; ipſeque ſubſtitutus eam capit jure tranſmiſsionis, & non ex tacita Vulgari, ſic Trentacinq. *d. num. 17. verſ. Secundus caſus*, & videri etiam poteſt Barth. *in l. 2. in princip. num. 25. ff. de Vulgari*, & alij, quos idem Trentacinq. refert, & ſequitur *cap. 13. num. 8.* Ratio eſt, quia in hoc euentu gaudet pupillus jure Suitatis, quæ per tacitam Vulgarem non tollitur, vt eſt indubitatum, & infra, *§. 22. numer. 376.* conſtabit; exiſtentia autem Suitatis confirmat tabulas pupillares *d. l. Si filius, ff. de Vulgari*, & ſic decedente pupillo in ætate Pupillari, ſuccedit ſubſtitutus in ejus hæreditate, virtute Pupillaris ſubſtitutionis, & ſimul etiam in hæreditate patris ex jure tranſmiſsionis, non ex Vulgari tacita, cũ Vulgaris in caſu tranſmiſsionis ceſſet, vt vidimus *§ 6.*

335 Tertius caſus eſt, quando pupillus fuit inſtitutus ex parte, dato illi cohærede, & deceſsit poſt patrem, non aditâ, nec repudiata hęreditate. In hoc caſu diſtinguendum eſt. Nam vel cohæres pupillo datus eſt etiam Suus; & tunc idem eſt dicendum, atque, in præcedenti caſu dictũ eſt; quia in hoc etiam euentu retinet pupillus Suitatem, vt docent omnes; pluralitas enim exiſtentiam Suitatis, non diminuit, neque vnum ſimile aliud ſimile corrumpit: vnde cùm per exiſtentiam Suitatis tabulæ pupillares confirmentur, vt dictum eſt, ſequitur quòd etiam in tali euentu, non eſt locus tacitæ Vulgari, ſed tantùm Pupillari, & tranſmiſsioni, ſicut in præcedenti caſu.

336 Aut eſt cohæres extraneus, & tunc cõcludendum videtur cum Trentac. ſub *d. num. 17. verſ. Quartus caſus*, poſt Alex. quem refert, teſtamentum non accipere vires à tacita Vulgari comprehenſa in expreſſa Pupillari, atque ipſam etiam Pupillarem perire, cohærede non adeunte, & conſequenter ſubſtitutum penitus excludi, deuoluique totam hęreditatem ad hæredes pupilli ab inteſtato. Fundamentum eſt, quia datio cohæredis extranei tollit, ſeu impedit Suitatem pupilli, ne per ejus exiſtentiam confirmentur tabulæ pupillares, *d. §. Idem Iulianus*, non autem impedit quominus ex potentia ipſius Suitatis tranſmittat pupillus hæreditatem non aditam ad quoſcumque ſuos hęredes, vt conſtat per *l. Si fratris, 3. Cod. de Iure deliber.* & tenent approbando hanc diſtinctionem Barth. Bald. Angel. Imol. & alij *in l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari.* Paul. Caſtr. *in d. §. Idem Iulianus, & in d. l. Si fratris*; vbi etiam Bald. & Angel. pluresque alij, quos refert Corn. *in ead. l. Si fratris, num. 25.* eſtq; communis ſententia; igitur non fuit in noſtro caſu per dationem cohæredis extranei impeditus pupillus, quominus hæreditatem tranſmitteret ex potentia Suitatis: vbi autem datur caſus talis tranſmiſsionis, ceſſat effectus ſubſtitutionis Vulgaris, etiam expreſſę, nedum tacitæ, vt *ſupra, §. 6.* probatum eſt; & ita non poteſt in præſenti caſu dicta Vulgaris tacita dare vires teſtamento. Unde neque etiam ipſa Pupillaris expreſſa confirmabitur, & conſequenter neque ex illa ſubſtitutus admittetur. Nam ſecluſa confirmatione tabularum pupillarium per exiſtentiam Suitatis, quæ quoad hunc effectum ſublata intelligitur per dationem cohæredis extranei, non poteſt Pupillaris ſubſtitutio confirmari, niſi per aditionem hæreditatis ex teſtamento paterno *l. 2. in princip. verſ. Adeo autem, & l. Sed ſi plures, §. Filio, ff. de Vulgari*: in præſenti autem caſu talis aditio non interuenit; ſiquidem neque pupillus adijt, vt ſupponimus, neque adiuit adire potuit ſubſtitutus ex Vulgari, vt probatum eſt; nec denique ij, ad quos pupillus hæreditatem tranſmittit, talem aditionem facere poſſunt; quia non ſuccedunt, vt hęredes patris, ſed vt hęredes filij, ſeu pupilli, qui jure Suitatis hæres patris extitit, ipſamque paternam hæreditatem ſibi jam eo jure acquiſitam tranſmiſit, vt habetur *in d. l. Si fratris, Cod. de Iure deliber.* ac proinde non adeunt, nec ſuccedunt ex teſtamento patris, neq; etiam

etiam ex teſtamento ipſius pupilli, ſeu ex tabulis pupillaribus, cùm non fuerint cõfirmatæ, ſed ſuccedunt pupillo ab inteſtato. Et ita concluditur, quòd neque ex tacita Vulgari, neque ex Pupillari expreſſa poteſt in caſu præſenti ſuccedere ſubſtitutus, ſed tota hæreditas ad hæredes pupilli ab inteſtato deuoluitur.

337 In contrarium tamen videtur ſtare Mantica *lib. 5. de Conjectur. vltim. vol. tit. 5. ſub num 6. verſ. Sed ni ego*, vbi abſolutè docet non eſſe neceſſariam aditionem cohæredis extranei ad hoc vt tacita Vulgaris confirmetur, ſed ab ea poſſe vires ſumere teſtamentum, ipſamque ſuum effectum ſortiri in bonis teſtatoris, nihil obſtante quòd dictus cohæres non adeat; pro qua ſententia allegat Gloſ. *in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari*, Barth. *ibidem, num. 2. & in l 1. num 32. ff. eod.* & alios graues DD. At Gloſ. ſolùm loquitur in caſu, quo pupillus non fuit hæres propter captiuitatem in qua deceſsit, in quo caſu hìc non loquimur; Barth. etiam, alijque DD. licèt probent, quòd ad confirmationem tacitæ Vulgaris non requiritur aditio cohæredis, at non exprimunt caſum, de quo hìc agimus, & verificatur eorum ſententia, quemadmodum & ſententia ipſius Manticæ, quando pupillus habens cohæredem extraneum repudiauit hæreditatem patris, vel deceſsit in captiuitate, in quam viuo patre deuenerat, & in ſimilibus caſibus, in quibus Suitas pupilli ſublata, vel impedita fuit tam quoad effectum confirmandi tabulas pupillares, & alia diſpoſita per teſtatorem; quàm etiam quoad effectum tranſmiſsionis hæreditatis; in quibus caſibus fatemur, quòd Vulgaris tacita non indiget aditione cohęredis ad hoc vt confirmetur, ſed ab ipſa poteſt teſtamentum vires accipere, vt loquendo in caſu, quo pupillus repudiauit, & cohæres extraneus illi datus adire noluit, tradit expreſſè Trentacinq. *d. cap. 10. ſub num. 17. verſ. Tertius caſus*, vbi addit, quòd adita hæreditate patris ex dicta Vulgari tacita in eo caſu, ipſa Pupillaris ſubſtitutio per talem aditionem confirmabitur, & poterit ſubſtitutus adire hæreditatem pupilli, ſi is in ætate Pupillari decedat; id quod latiùs idem Author docet eodem *cap. 10. num. 8.* & tradit etiam cum Baldo *in l vlt. numer. 10. Cod. de Inſtitut. & ſubſtit.* Mantica *vbi ſup. ante num. 7.* quamquam mirabile ei videatur, quòd tacitum confirmet expreſſum: idemque tenet Paul. Leonius *tract. de Subſtitut. tit. de Pupillari, num. 198.*

338 Aliunde autem ſuperior concluſio tradita *num.* 336. non videtur ſolida, cùm fundetur in eo quòd pupillus in illo caſu quoad aliquid ſit Suus, & quoad aliquid non Suus; quòd videtur abſurdum, & à multis reprobatur, qui tenent Suitatem pupilli non impediri per aditionem cohæredis extranei, ne tabulas etiam pupillares confirmet; quam ſententiam relatis multis, tradit, Corn. *in d. l Si fratris, C. de Iure deliber. num. 27. & ſeqq.* vbi latè reſpondet ad objecta in contrarium, vnde tandem *num.* 40. concludit, quòd cõtraria opinio communis fundata non eſt in aliqua ratione efficaci, & quòd hæc pars facilè poteſt contra illam teneri: qua opinione retenta, quæ ſanè eſt valde probabilis, idem in præfato caſu dicendum eſt, atque quando cohæres pupillo datus eſt Suus. Id quod aliâ etiam viâ defendi poteſt, ſi nimirum teneamus cum Baldo *in d. l. Si fratris*, quòd licèt datio cohæredis extranei impediat Suitatem, vt tenet communis ſententia, id procedit quãdo talis cohæres eſſet datus cum effectu, ſecùs ſi ſine effectu, vt quia repudiauit, quod etiam admittitur à Paulo Caſtr. *in l. Cùm hæreditate, ff. de Acquir. hæred.* & ab eodem Baldo, *in Repetitione legis, In ſuis, col. 31. ff. de Liber. & poſthum. & in tract. de Subſtit. rubr. de Pupillari, num. 20.* poteſtque confirmari ex Gloſ. *in l. Papinianus, §. Quarta, verb. Ad ſubſtitutum, ff. de Inoffic. teſtam.* vbi tenent, quòd licèt ſubſtitutio Vulgaris ſoleat impedire Suitatem, tamen non impedit quando ſubſtitutus repudiat: vnde ſentit, quòd tunc fingitur retro fuiſſe Suus hæres, quod eſt notabile: ex qua ſententia pro noſtro caſu ſequitur, quòd per dationem

nem cohæredis extranei, non fuit impedita Suitas pupilli, cùm ponamus cohæredem repudiaſſe, ſeu noluiſſe adire, & ſic quòd idem in tali caſu eſt dicendum, atque quando cohæres pupillo datus eſt Suus; in quo euentu, quid tenendum ſit, diximus *num.*335 Quantum vero probabilitatis habeat illa ſententia Baldi, modo non diſputo, certè idem Bald. & Caſtr. contrarium alibi docuit, vt refert Corn. *in d.l.Si fratris, num.*36.

339 Quartus caſus eſt, quando impuberi inſtituto, qui patris teſtatoris hæres non extitit, datus eſt ſubſtitutus Pupillaris aliquis ex liberis ipſius teſtatoris, qui aliàs non reperitur inſtitutus. Et in hoc caſu tenendum eſt, quòd teſtamentum non rumpitur, ſed accipit vires à tacita Vulgari, quæ in expreſſa Pupillari comprehenditur, vt tenent Imola *in l.Si pater filium, num.* 2. *per eum text. ff. de Vulgari* Ripa *in l.*1. *num.* 162. *& ſeqq. ff.eod. & ibi* Alciat. *num.*115. vbi hanc ſententiam dicit communem, Couar.*in cap.Raynutius, de Teſtament.* §. 5. *num.*5. *verſ. Tertia eſt ſententia*, vbi hanc dicit veriorem, & plures alios in eam adducit Mãtica *lib.*5.*de Conject.vltim. volunt. tit.*5. *num.*7. & Fuſar. *de Subſtit q.*23 *num.*25. quia tacita Vulgaris eſt æquè principalis, & per ſe ſubſiſtens, atque ipſa Pupillaris expreſſa, ſub qua comprehenditur, vt jam *ſupra, num.*332. dictum eſt; & ideo licèt Pupillaris corruat, illa tamen ſuam vim retinet, & non minùs poteſt dare vires teſtamento in caſu propoſito, quàm Vulgaris expreſſa, ſi ſubſtitutus per eam eſſet vocatus.

340 Quinta quæſtio eſt, vtrùm à tacita Vulgari cõprehenſa in Pupillari expreſſa capiat vires teſtamentum, decedente pupillo in vita patris teſtatoris? Reſpondetur affirmatiuè ex communiſsima ſententia, quam tenent Barth. in *l. Lex Cornelia, num.* 2. *ff. de Vulgari*, & ibi Bald. Imola, & Roman. Bald. *in l. Humanitatis, col.* 10.*Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ibi Paul. Caſtr. idem Bald. *in l.Quidam elogio, Cod.de Iure deliber.* Barth. *in l. Neque, §. Cùm miles, num.*5. *ff. de Vulgari*, Imola *in l.* 1. *num.* 8 *ff. eod.* & ibi Alex. *num.*32. Socin.ſen. *num.*36 Jaſ. *num.* 59. Ripa *num.* 164. dicens eſſe communem, Alciat. *num.*30. Bald. *in l.vnica, §. Pro ſecundo, Cod de Caduc.tol.* Guil. Bened. *cap. Raynutius, in materia de Vulgari, num.*99. *&* 102. *de Teſtament.* Couar.*d.* §.5.*num.*3. dicens eſſe veriorem opinionem, Zaſius *tract.de Subſtit. in materia de Vulgari, num.*22. Menchaca *de Succeſſion.creat.lib.*3.§.21.*limit.* 10. *num.* 242. *& de Succeſſ. progreſſu lib.* 2. §. 11. *num.* 38. *&* §.15. *num.*36. & plures alij, quos citant, & ſequuntur Mantica *lib.* 5. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 6. *numer.*11. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 10. *ſub num.* 20. *verſ. Et cum ſupradicta*, & Fuſar. *de Subſtit q* 23. *num.*4.

Probatur facilè, quia vt Vulgaris tacita vim habeat, & ſuum effectum ſortiatur, 341
non pendet à Pupillari expreſſa, cùm non ſit acceſſoria reſpectu illius, ſed æquè principaliter intenta à teſtatore, ex præſumptione ſcilicet legis ſic illius mentem interpretantis, vt conſtat ex dictis *ſupra*, §.2 *num* 47. & tenent communiter DD. *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, neque etiam pendet ex eo quòd inſtitutus moriatur poſt teſtatorem, nam Vulgaris comprehendit ſuâpte naturâ omnem caſum, quo inſtitutus non ſit hæres, ſiue quia noluit, *l. Cùm proponas*, 3. *Cod. de Hæred. inſtit.* qui autem decedit ante teſtatorem non eſt, neque poteſt eſſe hæres, & ita in tali etiam caſu locum habet Vulgaris: ergo quanuis Pupillaris pereat, decedente pupillo ante teſtatorem, non tamen perit, ſed potiùs fit locus tacitæ Vulgari, quæ ſtat de per ſe, abſque dependentia à Pupillari expreſſa, vt declaratum eſt, & ſic in tali caſu dat vires teſtamento Confirmatur, quia tacita Vulgaris ſuſtinetur, & ſuſtentat teſtamentum, licèt expreſſa Pupillaris, ſub qua eſt comprehenſa, ſit à principio inutilis, vt quia facta eſt extraneo, vel puberi, vt relatis multis tradidimus *ſupra*, §. 2. *num.*48. Ergo à fortiori habet locum, & ſuſtentat teſtamentum, quando Pupillaris expreſſa ab initio fuit valida, & ſolùm ex poſt facto vitiatur,

prout

prout in noſtro caſu, cùm faciliùs impediatur initium actus, quàm ejus conſeruatio, argum. *l. Patre furioſo, ff. de His qui ſunt ſui, vel alieni jur.*

342 Contrariam tamen ſententiam tenent non pauci, exiſtimantes non ſolùm expreſſam Pupillarem, ſed etiam tacitam Vulgarem ſub ea comprehenſam expirare, decedente pupillo in vita teſtatoris. Ita ſentiunt Gloſ. Cynus, & Dynus *in l. Quod ſi filius, ff. de Captiu. & poſtlimin. reuer.* Dynus *in l. 1. ff. de Vulgari*, Joan. Andr. *in Addition: ad ſpeculat. in rubr. ad tit. de Teſtament.* Angel. *in l. vnica, §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. tol. & in l. Centurio, & in l. Si pater captus, ff. de Vulgari*; Paul. Caſtr. *in l. Iam hoc jure, ff. eod.* Old. *conſil.* 30. Bald. *conſil* 151. *vol 4. & conſil.* 170. *volum.* 5. & plures alij, quos citant Mantica *d. tit.* 6. *numer.* 11. *in medio*, Trentacinq. *d. cap* 10. *numer.* 18. & Fuſar. *d q.* 23. *num* 6 Mouentur præcipuè per text. *in d. l. Quod ſi filius*, vbi dicitur, quòd ſi filius moriatur in ciuitate antequàm pater captus ſit ab hoſtibus, atque adeo ſi moriatur, viuo adhuc patre, nihil eſt quod de ſecundis tabulis tractari poſsit. Vnde cùm in ſecundis tabulis non ſolùm contineatur ſubſtitutio Pupillaris expreſſa, ſed etiam tacita Vulgaris, concluditur, quòd vtraque ſubſtitutio in tali caſu expirat, nec de illis tractari poſsit.

At non obſtante hoc, & alijs hujus ſen-
343 tentiæ motiuis, retinenda eſt ſuperior ſententia communis. *Et ad d. text. in d. l. Quod ſi filius*, dicendum cum Mantica *in d. lib. 5. tit. 5. num.* 8. Trentacinq. *d. numer.* 18. *verſ. Primo*, & alijs, quos referunt, verba illa, *Nihil eſt quod de tabulis pupillaribus tractari poſsit*, intelligi tantùm de Pupillari ſubſtitutione, vt apertè colligitur ex rationibus in eodem textu aſsignatis; quę quidem non in tacita Vulgari, ſed in ſola Pupillari locum habent: non enim dicitur, ſuccedi ex tabulis pupillaribus, quando ſuccedìtur ex tacita Vulgari, ſed ſolùm, quando ſuccedìtur ex Pupillari, *l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* neque tacita Vulgaris ex ipſis tabulis oritur, ſed ex interpretatione, ſeu præſumptione legis, vt ſæpius dictum eſt. Quare illa vniuerſalis negatiua. *Nihil eſt, quod de tabulis pupillaribus tractetur*; ita exponenda eſt, vt tam Pupillaris ſubſtitutio, quàm quæcun que fuerint relicta à ſubſtituto in tabulis pupillaribus, in eo caſu euaneſcant; non autem vt etiam tacita Vulgaris expiret. Omitto alia, quæ contra communem ſententiam opponuntur, quia non ſunt magni ponderis, & facili negotio illis reſpondet Trentacinq. *loco proximè citato*, vbi à quolibet videri poſſunt.

Prædictam verò communem ſententi- 344
am limitat Barthol. *in l. 1. num. 32. ff. de Vulgari, & in l. Lex Cornelia, num 3 ff. eodem, & in l. Tractabatur, ff. de Militari teſtam.* vt procedat quando pater poſt mortem impuberis, non potuit ſibi prouidere, faciendo aliud teſtamentum, vt quia ſtatim deceſsit, vel ignorauit mortem filij; quòd ſubſtitutus veniat per tacitam Vulgarem ex præſumpta voluntate teſtatoris, qui cum inſtituiſſet, ſi ſciuiſſet; vt per *l Si pater captus, cum ſua Gloſ. ff. de Vulgari*: ſecùs autem ſi pater ſibi potuit prouidere, & non prouidit, quòd tunc ceſſet illa pręſumptio voluntatis defuncti, nec lex ei ſubueniat ad coadjuuandam ejus voluntatem, cùm ille fuerit negligens, & talem fauorem non mereatur, quam ſententiam ſequuntur Ripa *in d. l. 1. num.* 167. Caſtr. *in d. l. Lex Cornelia, & in l. vnica, §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. tol.* Corneus *conſil.* 207. *lib.* 1. & alij apud Trentacinq. *d. cap.* 10. *ſub num.* 20. & apud Fuſar. *d q.* 23. *num.* 6. Mouentur argum. *l. 3. Cod. de Inoffic. teſtam. & argum: d. l. Tractabatur, ff. de Militari teſtam.*

Nihilominus hanc limitationem me- 345
ritò rejiciunt Couar. *in cap. Raynutius, §. 5. num. 5. verſ. Secunda hac, de Teſtamentis*, vbi reſtatur prædictam ſententiam Bartholi communiter reprobari, Mantica *d. tit. 6. num. 11. poſt med.* Menchac. *de Succeſſ. creat. lib. 3. §. 21. num.* 242. Trentacinq. plurimos idem tenentes referens *d. cap. 10. ſub num. 20. verſ. Et cum*

ſu-

ſupradicta, & alij, quos refert Fuſar. *d. q. 23. num.* 7. Enimverò cùm de jure ſub expreſſa Pupillari contineatur tacita Vulgaris, & hæc ſufficiat, vt teſtamentum ſuſtineatur, & ſubſtitutus ad hæreditatem teſtatoris admittatur, credendum potiùs eſt, quòd ideo teſtator mortuo filio, non mutauit teſtamentum, cùm poſſet; quia voluit ſubſtitutum admitti, & non quòd voluerit eum excludi, neque admittendum eſt, ſubſtitutum venire per tacitam Vulgarem ex præſumptione, quòd teſtator eum inſtituiſſet, ſi ſciuiſſet, vel cogitaſſet filium ſibi hæredem non fore, ſed quia in expreſſa voluntate, qua teſtator per Pupillarem expreſſam voluit, vt ſua hæreditas deueniret ad ſubſtitutũ mediante perſona filij, ſi is poſt illam adeptam moreretur in pupillari ætate, cõtinetur tacitè voluntas qua cenſetur voluiſſe, vt ipſa ſua hæreditas tranſiret immediatè ad ſubſtitutum, ſi filius ante eam adeptam moreretur, vt cum receptiori ſententia tradidimus, & probauimus *ſupra*, § 2. *num*. 47. Unde ſtatim ab initio tacita Vulgaris intelligitur ſimul, & æquè principaliter facta cum Pupillari, vt ſatis conſtat per *d. l. Iam hoc jure, & ibi DD. ff. de Vulgari*. Neque teſtator per mortem filij intelligitur illam priorem voluntatem mutaſſe, vel ab ea receſſiſſe; nam mutatio voluntatis non præſumitur *l. Eum qui voluntatem, ff. de Probation. l. Cùm hic ſtatus, in princip. ff. de Donat. inter vir, & vxor. cap. Maiores de Baptiſmo*: neque poſt filium habuit teſtator aliquem ſibi chariorem, cui intelligatur voluiſſe relinquere ſua bona, quàm ſubſtitutum. Ergo ſiue poſt mortem filij diu vixerit, & mutare potuerit teſtamentum, ſiue non, ſubſtitutus eſt admittendus ex tacita Vulgari, & per eam ſuſtinebitur teſtamentum.

346 Ex quibus non obſtat *d. l.* 3. *Cod. de Inoffic. teſtam.* quia ea lex loquitur, & procedit tantùm in caſu, quo teſtator repentinà morte interceptus non potuit mutare teſtamentum, in quo præterierat filium ſibi recèns natum; quo caſu ei ſubueniunt ex præſumptione, quòd filium inſtituiſſet ſi per mortem non impediretur mutare teſtamentum. In noſtro autem caſu non admittitur ſubſtitutus per tacitam Vulgarem ex præſumptione, quòd teſtator eum inſtituiſſet, ſi ſciret caſum filij, & haberet ſpatium mutandi teſtamentum, ſed ex præſumptione, quòd illum ab initio vocauit per Vulgarem tacitam ſub expreſſa Pupillari comprehenſam, vt probatum, & declaratum eſt. Non obſtat etiam *d. l. Tractabatur, ff. de Milit. teſtament.* quia ibi conſeruantur fideicommiſſa ex ſpeciali fauore libertatis, mortuo fideicommiſſario in vita teſtatoris, qui poſt illius mortem non potuit mutare teſtamentum: à caſu autem ſpeciali non arguitur ad alios, ſed potiùs fit argumentum in contrarium. Deinde teſtator *in d. l. Tractabatur*, ſciens fideicommiſſarium eſſe mortuum, conſequenter ac ſine dubio ſciebat ſubſtitutionem Fideicommiſſariam eſſe extinctam, & ideo ſi non prouidit, cùm poſſet, ipſi imputatur: in noſtro autem caſu totum eſt econtra, cùm extincta Pupillari, non extinguatur tacita Vulgaris, vt probatum eſt; & ita cùm teſtator aliud non diſpoſuerit, vim ſuam retinet, vt argum. *l. Si Fidejuſſor. ff. de Leg.* 1.

Sexta quæſtio eſt, vtrùm ſi Pupillaris 347
ſit facta ventri, & is non naſcatur vires accipiat teſtamentum, ſubſtitutuſque admittatur, ex tacita Vulgari? Reſpondet affirmatiuè Barth. *in l.* 1. *num.* 33. *ff. de Vulgari*, præterquàm in caſu, quo teſtator poſt ventris defectum habuit tempus mutandi teſtamentum, & non mutauit, cùm poſſet: tunc enim dicit, quòd tacita Vulgaris extinguitur: quam diſtinctionem, alij etiam approbant. At eâ rejectâ, indiſtinctè tenendum eſt, tacitam Vulgarem locum habere in caſu propoſito, ſicut in caſu præcedentis quæſtionis, nam eadem vtrobique eſt ratio. Atque ita in ſpecie relatis multis docet Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 22. per text. *in l. Qui ventri, juncta Gloſ. ff. de Ventre inſpic. & in l. fin. Cod. de Inſtitut. & ſubſtitut.* Quatenus ibi Vulgaris expreſſa facta, ſi poſthumus non naſcatur, continet tacitam Pupil-

Pupillarem, eo nato: vnde econuerſo, expreſſa Pupillaris facta ventri, qui naſcetur, continet tacitam Vulgarem, eo non nato, & *in l. Ab exhæredati, §. fin. juncta Gloſ. ff. de Leg. 1. & text. in l. Si nemo, §. fin. ff. de Teſtament. tutela.*

§. 22. De tertio effectu Vulgaris ſubſtitutionis qui eſt inducere Pupillarem tacitam quando ipſa Vulgaris eſt expreſſa.

SUMMARIUM.

Regula eſt, quòd Vulgaris ſubſtitutio expreſſa inducit tacitam Pupillarem, ſiue ex fictione juris, ſiue quod longè verius eſt, ex præſumpta voluntate teſtatoris: quæ præſumptio non eſt juris & de jure, ſed juris tantùm; num. 348.

Prædicta regula ampliatur primò, vt locum etiam habeat, quando Vulgaris eſt expreſſa in vnum caſum, & tacita in alium, & ſolus caſus non expreſſus euenit; num. 349.

Secundò ampliatur, vt quamuis mater pupilli ſit in medio, nihilominus tacita Pupillaris ſub expreſſa Vulgari comprehendatur, licet contra matrem effectum non habeat; num 350.

Per tacitam Pupillarem comprehenſam in Vulgari expreſſa non excluditur mater pupilli, ſed ab ea potiùs, ſi filio ſuperſtes ſit, ſubſtitutus excluditur à ſucceſſione pupilli; num 351.

Subſtitutus admittitur ex tacita Pupillari, non ſolùm quando mater pupilli ante ipſum pupillum mortua eſt, ſed etiam quando ei ſuperuixit, at ejus hæreditatem repudiauit; num. 352.

Per tacitam Pupillarem intelligitur ſubſtitutus vocatus ſub conditione, Si mater pupilli, non poſsit, aut nolit ei ſuccedere; *ibid.*

Si auus habens nepotem impuberem ex filio emancipato inſtituat ipſum nepotem, eique vulgariter ſubſtituat extraneum, viuente ipſo filio emancipato, tunc etiam ſub illa Vulgari continetur tacita Pupillaris; ſed non habebit effectum, ſi ille filius nepoti ſuperuixerit, nec ejus hæreditatem repudiauerit; numer. 353. *ſed contra; numer.* 354.

Limitatur primò prædicta regula, vt non procedat, quando conſtat de contraria voluntate teſtatoris; num. 355.

Si teſtator expreſsit, ſe nolle vt in Vulgari expreſſa contineatur Pupillaris tacita, duo teſtes ſufficient vt ea contraria voluntas probetur; ibid.

Limitatur ſecundò, vt non procedat, quando teſtator expreſsè in vtrumque caſum, id eſt, tam Vulgaris, quàm Pupillaris ſubſtitutionis, prouidit; numer. 356.

Limitatur tertiò vt non habeat etiam locum, quando teſtator in caſum Vulgaris ſubſtituit per Vulgarem, & in caſum Pupillaris ſubſtituit per fideicommiſſum; num. 357.

Limitatur quartò, vt non procedat, quando Vulgaris expreſſa facta eſt taxatiuè, vt ſi teſtator dixit; Subſtituo vulgariter tantùm: *vel,* ſi filius meus non erit hæres, ſubſtituo Caium in tali caſu tantùm; *num.* 358. *Quid, ſi dixit;* Se tunc, & in eo caſu, *ſubſtituere? numer.* 359.

Limitatur quintò, vt non procedat, quando pater habens filios impuberes vni ſubſtituit expreſsè vulgariter, alteri pupillariter; niſi ſufficienter conſtet, teſtatorem ex obliuione, aut errore omiſiſſe exprimere Pupillarem in perſona ejus, cui ſubſtituit per Vulgarem; numer. 360.

Limitatur ſextò, vt non procedat, quando pater duobus filijs imparibus; id eſt puberi & impuberi, ſimpliciter ſubſtituit per Vulgarem: talis quippe Vulgaris, etiam vt eſt facta impuberi, non continet tacitam Pupillarem; & idem eſt, ſi pater inſtituiſſet ſimul filium impuberem, & alium extraneum, & vtrique per Vulgarem ſubſtituiſſet; n. 361. *Id verò intellige, ſi illa Vulgaris facta eſt dictis imparibus conjunctim: ſecus autem,*

L

autem, ſi facta fuerit ſingulis ſeparatim, licèt aliqui contrarium ſentiant; num. 361. *& ſeq.*

Limitatur ſeptimò, vt non habeat locum, vbi lege, aut ſtatuto cautum eſſet, vt teſtamenta intelligantur ad literam, prout jacent. Id tamen non eſt ſolidum; num 364.

Limitatur octauò, vt non procedat in ſubſtitutione Vulgari facta per militem; num. 365. *Hæc tamen limitatio rejicitur; num.* 366.

348 CErta juris regula & ſententia eſt, quòd Vulgaris ſubſtitutio expreſſa filio impuberi facta continet, & inducit tacitam Pupillarem, vt conſtat & tradunt omnes, *per l.* 2. *§. vltim. verſ. Sed & ſi extiterit, ff. de Vulgari, & per l. Iam hoc jure, ff. eodem, & per l. Quanuis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* ſiue quia lex fingit, teſtatorem, qui vulgariter ſubſtituit, voluiſſe etiam ſubſtituere pupillariter; ſiue quod longè verius eſt, quia ipſũ jus præſumit, teſtatorem ita voluiſſe, vt colligitur *ex d. l. Iam hoc jure*, vbi hæc voluntatis quæſtio appellatur, & apertiùs ex *d. l. Quanuis*, ibi, *Si modo non contrariam voluntatem teſtatoris*, &c. quæ verba clarè ſignificant totum hoc negotium pendere à præſumpta voluntate teſtatoris. Et ita relatis pluribus docet latè Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 35. vbi contrarias etiam opiniones refellit, additque hanc præſumptionem non eſſe juris & de jure, ſed juris tantùm, quod alij etiam ſatis multi apud ipſum tradunt, inter quos Barth. *in l.* 3. *num.* 5. *ff. de Leg.* 1. Aret. *in d. l. Iam hoc jure, num.* 2. & Polit. *tract. de Subſtitution. in tit. de Vulgari, particula*, 1. *in fine:* & patet, quia contra dictam Pupillarem tacitam admittitur probatio, quòd ſcilicet teſtator noluerit eam contineri ſub expreſſa Vulgari, vt probat, *d. l. Quanuis*: quod non ita eſſet, ſi dicta Pupillaris niteretur fictione, aut præſumptione juris & de jure; cùm neque contra hujuſmodi præſumptionẽ, neque contra fictionem, probatio admittatur, vt eſt citra dubium vt notat idem Menoch. *num.* 3. *fine, & numer.* 5. *&* 7. Quod autem ſit fundamentum præſumẽdi dictam Pupillarem tacitam ſub expreſſa Vulgari? Tractant Mantica *lib.* 5. *de Conjectur. vlt. vol. tit.* 13. *n.* 6. & Menoch. *d. præſumpt.* 35. *n.* 22. nos vero dicemus commodiùs *ſect. ſeq.* vbi ex profeſſo de Pupillari agemus.

Ampliatur primò dicta regula, & juris præſumptio, vt locum etiam habeat, quãdo Vulgaris eſt expreſſa in vnum caſum, & tacita in alium, ſoluſque caſus non expreſſus euenit; vt ſi fuit facta, ſi poſthumus non naſcatur, ille verò natus fuit, & deceſsit in pupillari ætate: nam ſub tali etiam Vulgari Pupillaris tacita continetur, vt probat text. *in l. vlt. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* & docent Barth. *in l.* 1. *num.* 36. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin. ſen. *n.* 38. *in princip.* Alex. *in d. l. vlt. C. de Inſtit. & ſubſtit.* & ibi Iaſ. *n.* 1. Guil. Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, n.* 105. *de Teſtam.* & ibi Couar. *§.* 4. *n.* 6. *verſ. Eſt autem expreſſa*, Menchac. *de Succeſſ. progreſ. §.* 18. *n.* 42. Mantica *d. tit.* 13. *numer.* 17. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſũpt.* 36. *num.* 13. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 1. *cap.* 11. *num.* 1. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 28. *num.* 2. Eſt autem ſatis mirabile, vt ſubſtitutio in vnum tantùm caſum expreſſa porrigatur ad duas tacitas diuerſi generis, vt Mantica *loco citat.* notauit. 349

Ampliatur ſecundò, vt quanuis extet mater pupilli, nihilominus tacita Pupillaris ſub expreſſa Vulgari comprehendatur, licèt contra matrem effectum non habeat. Ita ſentiunt Barthol. *in l. Centurio, num.* 5. *ff. de Vulgari*, & ibi Aret. *col.* 5. Ripa *n.* 33. vbi dicit eſſe communem, Socin. Jun. *n.* 123. Cephal. *num.* 166. & alij, idem Barth. *in l. Precibus, num.* 5. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ibi Dec. *num.* 11. & Rimin. Jun. *num.* 155. Salicet. *num.* 8. *&* 9. Paulus Caſtr. *num.* 6. & Alex. *num.* 5. idem Caſtr. *in d. l. vltim. num.* 4. *Cod. de Inſtit. & ſubſtit. & in d. l. Quanuis, numer.* 1. *ad fin. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Mantica *de Conjecturis vltim. volunt. tit.* 13. *num.* 18. *& tit.* 14. *numer.* 350

mer. 16. aliàs *num.* 21. *in noua editione*, Menoch. latiſsimè hac de re diſputans *de Præſumption. lib. 4. præſumpt.* 40. *num.* 1. & plures alij, eſtque communis ſententia, vt multi apud Manticam teſtantur, quod etiam fatentur Polit. *tract. de Subſtitut. tit. de Vulgari, partic.* 5. *num.* 40. & Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 1. *cap.* 12. *ſub num* 6. *verſ. Secunda eſt opinio*, qui ejus vtilitatem admittunt, ſed aliâ viâ.

351 Hæc ampliatio procedit ſuppoſita alia communi, & receptâ ſententiâ, quòd per tacitam Pupillarem comprehenſam in Vulgari expreſſa non excluditur mater pupilli, ſed ab ea potiùs, ſi filio ſuperſtes ſit, ſubſtitutus excluditur à ſucceſsione pupilli, quam reſolutionem tradunt latè poſt alios Menoch. *d. lib.* 4. *præſumpt.* 39. Trentacinq. *d. cap.* 12. *à princip.* & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 157. de qua etiam nobis agendum eſt *ſect. ſeq.* § 16. Illâ ergo nunc ſuppoſitâ, fundamentum præfatæ ampliationis ſumitur *ex d. vltim. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* vbi facta per patrem Vulgari expreſſa filio impuberi, & eueniente caſu Pupillaris, dicitur quòd debet admitti ſubſtitutus, ſi mater pupilli ante ipſum pupillum mortua ſit. Quod non ſtaret, ſi ſubſtitutus non intelligeretur vocatus ab initio per Pupillarem tacitam quando teſtator eum ſubſtituit vulgariter: nam ſi tunc illa tacita Pupillaris non fuiſſet facta, atque adeò ſi tunc nulla extitiſſet, non poſſet poſtea mortuo jam teſtatore ſuſcitari, tum per regul. *Quæ ab initio, penult. ff. de Regul.* tum quia voluntas finitur morte, *l. Cùm hic ſtatus, ff. de Donat. inter vir. & vxor, l. Centeſimis, §.* 1. *ff. de Verbor. oblig.* vnde ſi viuente teſtatore illa ſubſtitutio non extitit, non poteſt poſtea ex vlla ejus volũtate induci. Quòd ſi dicas cum Polito, *vbi ſupra*, & alijs eam ſuſcitari, & induci auctoritate legis: obſtat, quòd hoc admiſſo, jam non ex præſumpta voluntate teſtatoris, ſed ex mera fictione juris inducta eſſet hujuſmodi ſubſtitutio, cujus oppoſitum *ſupra, num.* 348. cum communi ſtatuimus.

352 Hinc colliges, ſubſtitutum admitti ex tacita Pupillari, non ſolùm quando mater pupilli ante ipſum pupillum mortua eſt, ſed etiam quando eis ſuperuixit, at ejus hæreditatem repudiauit, vt tenent Barth. *in d. l. Centurio*, Polit. *d. partic.* 5. *num.* 41. *verſ. Attamen communis*, vbi hanc ſententiam dicit communem, Mantica *d. n.* 18. *& alij*, ratio eſt, quia ſubſtitutus intelligitur vocatus ab initio ad ſucceſsionem pupilli ſub conditione, *Si mater ipſius pupilli non poſsit, aut nolit ei ſuccedere*, vt ex Aretino, ac juxta mentem Bartholi declarat Menoch. *d. numer.* 1. illa autem conditio impletur, repudiante matre hæreditatem pupilli. Politus verò probat hac ratione, quia ſubſtitutus non excluditur à ſucceſsione pupilli, niſi cauſâ, & fauore matris: talis autem cauſa, ſeu fauor ceſſat, non ſolùm quando mater moritur ante pupillum, ſed etiam quando poſt ejus mortem repudiat. Neque obſtat, quòd *in d. vltim. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* ſolùm conſideratur caſus, quo mater præmoritur, quia per hoc non excluduntur caſus ſimiles, vel etiam, quia non fuit in cogitatione, quòd mater poſſet ſpernere hæreditatem pupilli.

Ampliatur tertiò, vt quod dictum eſt, 353
quando mater pupilli eſt in medio, ſimiliter dicendum ſit, quando auus habens nepotem impuberem ex filio emancipato inſtituit ipſum nepotem, eique ſubſtituit vulgariter extraneum, viuente filio patre nepotis, quia tunc etiam ſub illa vulgari expreſſa comprehenderetur tacita Pupillaris, quæ effectum non habebit, ſi pater tali nepoti ſuperuixerit, nec ejus hæreditatem repudiauerit: ſic Barth. *in l.* 2. *num.* 24. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa, *numer.* 47. Socin. Iun. *num.* 100. vbi dicit eſſe communem ſententiam, & alij. Zaſ. *in l.* 1. *num.* 49. *ff. eod.* & Salic. *in d. l. vltim. num.* 6. *Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* quorum fundamentum eſt, quia eadem videtur eſſe ratio in patre pupilli, atque in matre, quam ſubſtitutis ex tacita Pupillari non excludit, vt dictum eſt.

Cæterùm Mantica *lib.* 5. *de Cõject. vlt.* 354
volunt. tit. 14. *num.* 18. *aliàs* 23. *in nouiſſima edit.* longè diuerſam rationem aſſignat in patre, & magis credit, cum in

caſu propoſito ſimpliciter excludi à ſucceſſione filij, niſi ex conjecturis appareat, quòd teſtator illi erat benè affectus, & nõ fecit eum exhæredem, eoquod extraneum, quem vulgariter nepoti ſubſtituit, chariorem haberet: ſecluſis nanque huiuſmodi conjecturis, ſtat contra illum ea ratio, ſi teſtator ipſum filium ſuum contra commune votum parentum neglexit, præferendo illi extraneum, cùm ageretur de ſucceſsione ipſius teſtatoris, magis debet intelligi voluiſſe illi præferre eundem ſubſtitutum in ſucceſsione nepotis, cùm ſucceſsio minus rigoroſè ſit debita aſcendẽtibus. *l. Nã & ſi parẽtibus. ff. de Inoffic. teſt. l. Scripto, in fin. ff. Vnde liberi.* Hæc autem ratio ceſſat in matre impuberis, cui, eâ prætæritâ, pater vulgariter ſubſtituit extraneum, quia ſucceſsio teſtatoris, de qua in Vulgari ſubſtitutione agitur, nullo jure eſt debita matri, vxori ipſius teſtatoris; & ideo non ſequitur, quòd ſimiliter intelligatur excluſa per tacitam Pupillarẽ à luctuoſa filij ſucceſsione. Hæc reſolutio mihi videtur verior; & procedit abſque dubitatione, quando pater fuiſſet mala mente exhæredatus à teſtatore patre ſuo, & auo impuberis, vt cum alijs notat idem Mantica *Suprà num.* 21. *aliàs* 25. argum. *tex. in §. Exhæredatos, Auth. de Hæred. & Falcid. & l. Si patronus teſtamento, §. Siquis mala mente. ff. de Bonis libert.* Tunc enim ceſſat conjectura, quòd teſtator voluerit illũ patrẽ præferri ſubſtituto in ſucceſsione impuberis.

355 Multas autem limitationes prędicta regula patitur. Primò limitatur, vt non procedat, quando conſtat de cõtraria voluntate teſtatoris, quòd ſcilicet noluerit tacitam Pupillarem comprehendi ſub expreſſa Vulgari. Hæc limitatio eſt citra dubium, exprimitur enim *in d. l. Iam hoc Iure, verſ. Sin autem impubes*, ibi, *Si voluntas parentis non reſtagetur, ff. de Vulgari, & in d. l. Quamuis*, ibi, *Si modo non contrariam defuncti voluntatem extitiſſi probetur, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* atque ita docent omnes. Dubitabis autem ſi teſtator expreſsit ſe nolle, quòd in Vulgari expreſſa contineatur Pupillaris tacita, quot teſtes ſufficiant, vt ea contraria voluntas probetur? Sufficere duos tenent Barthol. *in l. 2. in princ. num.* 39. *ff de Vulgari*, & ibi Ruin. *num.* 61. & Ripa *num.* 51. Bald. *in l. Quamuis, Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Salic. & Alex. Socin. ſen. *in l. 1. num.* 38. *ff. de Vulgari*; Guil. Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, num.* 107. *de Teſtam.* Mantica *lib. 5. de Conjectur. vlt. volunt. tit.* 14. *num.* 11. dicens id eſſe magis receptum, Menoch. *de Præſumption. lib. 4. præſumption.* 36. *num.* 16. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 28. *num.* 39. Probant quia vbi agitur de declaratione volũtatis, ſufficiunt duo teſtes, *l. Hæredes palam, §. Sed & ſi notam, vbi Gloſ. & Dynus, ff. de Teſtam.* Barthol. *loco proximè citat.* & multi alij, apud Mantic. *d. tit.* 14. *numer.* 12. Et præterea, quia duo teſtes faciunt conjecturam, vt notatur *in l. vltima, Cod. Famil. erciſc.* & maximè contra tacitam voluntatem, & extenſiuam interpretationem: nam vna conjectura tollit aliam, *l. Diuus, ff. de Reſtit. in integr. cum ſimilib.* Decius tamen *in d. l. Quamuis, numer.* 1. *& conſil.* 315. *num.* 4. *verſ. Quarta & vltima*, credit requiri ſeptem teſtes, quòd in hoc caſu agatur de probanda teſtatoris voluntate. Hæc tamen ratio non ſubſiſtit, nam reuerà ſolùm agitur de interpretanda voluntate teſtatoris, vt alij notant, & ſatis per ſe liquet. Quòd ſi teſtator dictam voluntaem contrariam non expreſsit, ſatis erit quòd ea ex conjecturis colligatur, vt conſtabit ex ſequentibus limitationibus, & aduertit Mantica *ſupra, num.* 12. *in fine.*

Limitatur itaq; ſecundò præfata regu- 356
la, vt non procedat, quando teſtator expreſſè in vtrumq; caſum, ideſt, tam Vulgaris, quàm Pupillaris ſubſtitutionis prouidit, vt ſi ita dixit, *Inſtituo Caium filiũ meum, & ſi hæres non erit, ſubſtituo Semproniũ: ſi autem dictus filius meus hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo ei Titium.* In hoc enim caſu, ſub Vulgari expreſſa illis verbis, *Si hæres non erit ſubſtituo Sempronium*, non comprehenditur tacita Pupillaris ad commodũ

dicti

dicti Sempronij. Caſus eſt *in l. Cum ex filio, §. 1. vbi Gloſ. & DD. ff. de Vulgari*, & conſtat etiam ea ratione, quòd expreſſa prouiſio hominis facit ceſſare tacitam prouiſionem legis, *l. Maritus, Cod. de Procurat. & l. vlt. Cod. de Pactis*. Atque ita docent Barthol. *in l. 1. num. 24. ff. de Vulgari*, & ibi Socin. ſen. *num.* 38. Jaſon *in d. l. Quanuis, num. 1. verſ. Tertiò fallit*, vbi dicit hoc eſſe ab omnibus receptum, *Cod de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Dec *num.* 2. Roman. *conſil.* 138 *in fin. lib.* 2. Barth. de Hucio *tract. de Subſtitution. vbi de Vulgari, num.* 13 Zaſius, *tract. etiam de Subſtit. tit. de Vulgari, num.* 25. Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib. 5. tit. 14. num.* 13. Menoch. *de Præſumption. lib. 4. præſumpt. 36. num.* 16. Trentacinq. *de Subſtit p. 1. c. 11. num. 11.* & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtit q. 28 num. 9.*

357 Limitatur tertiò, vt locum non habeat, quando teſtator ſubſtituit filio impuberi, *Si hæres non erit*; atque adeo per expreſſam Vulgarem; *& ſi hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, ſubſtituit per fideicommiſſum, nam tunc etiam ſub illa Vulgari expreſſa, non continetur tacita Pupillaris, vt poſt Ruinum *conſil.* 103. *in fine, lib.* 2. docent in ſpecie Mantica *d. tit. 14. num.* 14 Menoch *d. præſumpt. 36. numer.* 49. & cum alijs Fuſar. *d. q. 28. num.* 34. Fundamentum eſt, quia in hoc etiam euentu habet locum dictum proloquium, quòd expreſſa prouiſio hominis facit ceſſare tacitam prouiſionem legis. Quod quidem non ſolùm procedit, quãdo exprimitur illud ipſum tacitum, de quo agitur, ſed etiam quando exprimitur aliud diuerſum, vt ſumitur *ex d. l. Maritus*, vbi ſecundùm communem intellectum probatur, quòd licèt maritus tanquam perſona conjuncta poſsit indiſtinctè agere pro vxore, tamen ſi vxor maritum fecerit procuratorem ad vnam cauſam, non poterit ille maritus in alijs cauſis pro vxore agere, quia ſecundùm DD. expreſſa prouiſio hominis facit ceſſare legis prouiſionem, etiam circa alium caſum diuerſum, vt contra Salicet. declarat ibi Alex. & ad caſum præſentem notat Mantica *ſupra, num. 13. in fine*. Vtrum verò ceſſet ſimiliter tacita Pupillaris, quando pater ſubſtituit filio impuberi per Compendioſam complectentem Vulgarem expreſſam, & Fideicommiſſariam? Vide apud eundem Manticam ſub *d. num.* 14.

Limitatur quartò, vt non procedat, quando Vulgaris expreſſa facta eſt taxatiuè, ſeu appoſita dictione taxatiua, vt ſi teſtator dixit: *Subſtituo Caium vulgariter tantum*, vel, *ſi filius meus non erit hæres, ſubſtituo Caium in tali caſu tantùm*: tunc enim ſub illa Vulgari non comprehenditur tacita Pupillaris. Sic Alex. *in l. 1. n. 34. ff de Vulgari*, & ibi Socin. ſen. *n.* 38. & Ripa *n. 169 fin.* Fulgoſ. *in l. fin. C. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ibi Salic. & Alex. *n.* 30. Paul. Caſtr. *in l Iam hoc jure, num. 2 ff. de Vulgari*, & ibi Jaſ. *ſub num.* 4. Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. cap. 11. num.* 2. & cum multis alijs Fuſar. *d q 28. n.* 10. eſſeque omnium ſententiam affirmat Menoch. *d. præſumpt. 36. n 25. verſ. Cogitandum tamen*, licèt ipſe de illa dubitet. Probatur facilè, quia de natura dictionis taxatiuæ eſt excludere alios caſus diſsimiles, *l. 2. C. de Patribus, qui filios diſtrax. l. Ob æs, C de Prædijs Min. & Clem. Exiui de Paradiſo, §. Cum autem, de Verbor. ſignific.* Pupillaris autem ſubſtitutio eſt diſsimilis à Vulgari, nec habet locum, niſi in caſu valde diſsimili, vt eſt manifeſtum. 358

Utrum idem ſit, quando teſtator propoſito caſu Vulgaris, diceret, *Se tunc, & eo caſu ſubſtituere?* Affirmant plerique apud Menoch. *ſupra, num.* 26. & apud Fuſar. *d q 28. num.* 12. Alij tamen probabiliùs negant, vt Ripa *in l. 1. num. 169. ff. de Vulgari*, & Rota Romana, quam refert Caſſador *deciſ. 1. in tit. de Teſtamentis*, quia verba *tunc*, & *eo caſu*, non ſunt taxatiua, ſed ſolùm demonſtratiua, ſeu declaratiua caſûs, cui adjiciuntur, & reſpectu temporis extremitatem, ſeu articulum ejus ſignificant, *l. 4. §. vlt. ff. de Condition. & demonſtr.* Unde à fortiori ſola dictio, *tunc*, non eſt taxatiua, neque in noſtro caſu tacitam Pupillarem excludit, vt notat Trentac. *d. cap. 11. num. 2. ad fin. per text. in d. l. 1.* & ibi Barthol. *in 3. oppoſition.* 359

Vide quæ circa has dictiones diximus *ſupra*, *§.14.num.137.*

360 Limitatur quintò, vt non procedat, quando pater habens duos filios impuberes vni ſubſtituit expreſsè vulgariter, alteri vero pupillariter, vt ſi dixit; *Inſtituo Caium, & Seium filios meos; ſi autem Caius non erit hæres, ſubſtituo Mevium: ſi verò Seius hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit ſubſtituo Sempronium.* Tunc enim illa Vulgaris expreſſa facta Caio, non continet tacitam Pupillarem. Sic Barthol. *in d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, & ibi Caſtr. & alij Ripa *in l.1. num.171. ff. eod.* Polit. *tract. de Subſtitution.tit.de Vulgari,partic.6. num.*48. Zaſius *tract. etiam de Subſtitut. cap. 1. de Vulgari, num.* 25. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.5.tit.14. num.25.aliàs* 30. *in nouiſsima edit.* Menoch. *de Præſumption. lib.4.præſumpt.* 36. *numer.*29. Trentacinq. *de Subſtitution p.1. cap.* 11. *num.*6. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 28. *num.*14. licèt contradicant nonnulli, quos præcitati referunt. Præcipuum fundamentum eſt, quia cùm teſtator in propoſito euentu expreſsè cogitauerit de Pupillari ſubſtitutione, ac per eam prouiderit vni filio, non poteſt præſumi, quòd ſimiliter voluerit eſſe prouiſum alteri, in quo id non expreſsit: imò cùm in vno tacuit quod in altero expreſsit, planè voluit intelligi, ſe nolle vtrique eodem modo prouidere. Secùs tamen dicendum, ſi aliqua ratione, vel conjectura ſufficienter conſtet, quòd teſtator ex errore, vel obliuione omiſit exprimere Pupillarem in perſona ejus cui expreſsè ſubſtituit per Vulgarem, vt bene aduertit Trentacinq. *vbi ſupra.*

361 Limitatur ſextò, vt etiam non procedat, quando pater duobus filijs imparibus, vt puberi & impuberi, ſimpliciter ſubſtituit per Vulgarem, vt, *Si tales filij mei hæredes mihi non erunt ſubſtituo Sempronium.* Cùm enim ſub hujuſmodi Vulgari, vt eſt facta puberi, non contineatur, nec poſsit contineri Pupillaris, ſit vt ob æqualitatem inter ipſos inſtitutos ſeruandam, non intelligatur etiam comprehendi Pupillaris ſub ea Vulgari, vt eſt facta impuberi. Vnde idem ob eandem rationem eſt, quando, quis ſimul inſtituit filium impuberem, & alium extraneum, eiſque vulgariter ſubſtituit. Ita in ſpecie Mantica *d. tit.* 14. *num.* 15. *aliàs*, 20. *in nouiſsima edit. per text. in d.l. Quanuis*, & ibi DD. omnes, maximè Angel. *in* 3. *notab. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* tradit etiam Barthol. *in d. l.1. num.34. ff. de Vulgari*, & ibi Socin.ſen.*num* 38.*verſ. Quintò*, Ripa *num.* 170. Menoch. *d.præſumpt.*36.*num.*31. & cum alijs Fuſar. *d.q.* 28. *num.*17. Id quod maximè procedit, & verum eſt, quando dictis imparibus inſtitutis facta eſt Vulgaris ſubſtitutio Reciproca, vt conſtat per *d. l. Iam hoc jure, verſ. Sed ſi alter, ff. de Vulgari*, & notant Barth. *d. numer.* 34. Mantica *vbi ſupra*, Menoch. *d. præſumpt.*36.*num.*28. Trentacinq. *d. cap.* 11. *num.* 3. & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.*257.*numer.*15.

Prædicta verò limitatio intelligitur, & procedit, quando dicta Vulgaris facta eſt illis imparibus conjunctim, ideſt ſub eadem verborum conceptione, vt cùm teſtator dixit; *Si hæredes non erunt, ſubſtituo illis*, &c. *Vel inſtituo Caium, & Seium, eoſque inuicem ſubſtituo.* Contrarium namque juxta veriorem ſententiam dicendum eſt, quando talis ſubſtitutio fuerit facta ſingulis ſeparatim, vt ſi teſtator dixit: *Inſtituo Caium, & Seium filios meos, & ſi Caius non erit hæres ſubſtituo Seium: ſi verò Seius hæres non erit, ſubſtituo Caium.* Tunc enim ſi alter erat impubes, ſub expreſſa Vulgari ei facta continetur tacita Pupillaris, ex qua illi ante pubertatem decedenti ſuccedit pubes. Quia in hoc caſu vnaquæque illarum propoſitionum continet diſtinctam diſpoſitionem, quæ per ſe ſeorſim, ac ſine reſpectu ad aliam conſiderari debet, *l. vltim ff. de Injuſto rupto teſtament.l.Pater, §. vltim. ff. Ad leg. Falcid.* & ideo de vnaquaque ſecundùm ſuam naturam judicandum eſt, nullo habito reſpectu ad æqualitatem in eis ſeruandam. Quod ſecùs eſt, quando illis imparibus facta eſt conjunctim ſubſtitutio, cùm in eo caſu 362

con-

conſiderentur per modum vnius corporis, cui vna, & vniformis ſubſtitutio cenſetur facta, argum. *l. vnica, §. His ita, C. de Caduc. tol.* & ita docent Dynus *in d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, & ibi Barth. Bald. Angel. Imola, Caſtr. Alex. & alij, Jacob, Butrig. *in d. l. Quanuis, Cod. de Impuber. & al. ſubſt.* & ibi Bald Salicet. Angel. Fulgoſ. & Caſtr Joan. Fab. *in §. Qua ratione, num. 31. Inſtit. de Pupil. ſubſt.* Corneus *in l. 2. num. 4. fine, Cod. de Impuber. & al. ſubſtit.* Anchar. *in cap. Si pater, numer. 4. de Teſtament.* Zaſius *de Subſtitution. cap. 1. de Vulgari, num. 26. fine*, Mantica *vbi ſupra*, Menoch. *d. præſumpt. 36. num. 31. cum ſeqq.* Trentacinq. *d. cap. 11. ſub num. 5* & Fuſar. *d. q. 28 numer. 19.*

363 Sententiam oppoſitam, quòd etiam quando dicta Vulgaris facta eſt ſeparatim illis imparibus, non contineat Pupillarem in perſona impuberis, magis probarunt Cynus *in d. l. Quanuis*, Ripa *in d. l. 1. numer. 170. ff. de Vulgari*, & alij apud Menoch. *ſupra, ſub num.* 33. qui plures rationes pro hac opinione adducit, ac plenè ſoluit, quare non oportet eas hìc referri; cùm apud illum facilè videri poſsint, nec propter eas à communi ſententia in praxi recedendum eſt.

364 Limitatur ſeptimò, vt non habeat locum, vbi lege, vel ſtatuto cautum eſſet, quòd teſtamenta intelligantur ad literam, pro vt jacent. Hæc tamen limitatio, licèt à multis probetur, à multis etiam rejicitur, niſi ex alijs verbis ſtatuti conſtet apertiùs, ejus ſenſum eſſe, vt ſolùm valeant, & ſeruentur, quæ in ipſo teſtamento exprimuntur. Qua de re latè ſcribunt Mantica *d. tit. 14. numer. 26. aliàs, 31. & ſeqq.* Menoch. *d. præſumpt. 36. à num. 42.* Trentacinq. *d. cap. 11. num. 7. cum ſeqq.* & Fuſar. *d. q. 28. num. 21. & ſeqq.* qui plures DD. in vtramque partem referunt, & nonnullas diſtinctiones pro vtriuſq; factionis conciliatione addunt.

365 Limitatur octauò, vt non procedat in teſtamento militis, ideſt, vt in ſubſtitutione Vulgari facta per militem filio impuberi, non contineatur tacita Pupillaris. Ita ſentiunt Alciat. *in d. l. 1. numer. 142. verſ. Addidit, & in l. Centurio, num. 35. fine, ff. de Vulgari.* Vacon. *lib. 4. Declarat. jur. cap. 61. num. 11.* Menchaca, *de Succeſsion. progreſs. §. 15. numer. 94. & ſeqq.* & quidam alij. Mouentur primò, quia in teſtamentis militum ſola verba obſeruari debent *l. 1. Cod. de Teſtam. mil.* nec lex ſupplet caſum omiſſum, ſeu non expreſſum, *l. Si miles vnum, & l. Miles ita, in princip. ff. de Milit. teſtament.* Secundo, quia cùm miles poſsit directò ſubſtituere pro quouis tempore *d. l. Centurio*, nulla eſt ratio, cur magis videatur ſubſtituere filio, vſque ad decimum quartum annum, quàm vſque ad 20. vel vltra, *l. In teſtamento, in fine, Cod. de Teſtam. milit.*

366 Hanc tamen limitationem non immeritò rejicit Jal. *in l. 2. in princip. num. 32. verſ. Recol. ff. de Vulgari*, Mantica, *d. tit. 14. num. 2.* & Menoch. *d. præſumpt. 36. ante num. 49.* quia etiam in teſtamentis militum locum habent conjecturæ & præſumptiones, præſertim quæ eorum fauorem, vel filiorum reſpiciunt, vt probat *d. l. In teſtamento, in fine, & d. l. Centurio, & l. 3. ff. de Milit. teſtam.* prout eas inducit Mantica *loco citat.* & ideo non debet à talibus teſtamentis rejici cõjectura voluntatis, ſeu præſumptio ex qua *in d. l. Iam hoc jure*, inducta eſt tacita Pupillaris, vt comprehenſa ſub expreſſa Vulgari. Neque obſtant ll. citatæ, ex quibus non debet ſuppleri caſus omiſſus in teſtamentis militum; nam hoc procedit in caſibus illarum legum, non verò in caſu *d. l. Iam hoc jure*, per quam tacita Pupillaris ex præſumpta teſtatoris voluntate inducta eſt. Neque etiam obſtat, quòd miles poteſt etiam vltra pubertatem filio ſubſtituere directò: nam talis ſubſtitutio, cùm ex ſpeciali priuilegio cõcedatur, non intelligitur, niſi ſpecialiter, & expreſsè facta ſit; nam priuilegium nõ trahitur in conſequentias, *l. Quod verò contra, ff. de Legib.* Pupillaris autem ſubſtitutio fit ſecundùm jus commune, & paſsim ex præſumpta voluntate inducitur, vt per *d. l. Iam hoc jure, & d. l. Quan-*

uis, & ideo ea potiùs, quàm illa alia Militaris intelligi debet à milite facta, quando is filio impuberi per expreſſam Vulgarem ſubſtituit.

§. 23. *De quarto, & vltimo effectu Vulgaris ſubſtitutionis, qui eſt tollere exiſtentiam Sui hæredis.*

SUMMARIUM.

Communis DD. ſententia hunc effectum agnoſcit, & quibus fundamentis? num 367. *& ſeqq.*

*Si filius eſt inſtitutus, omiſſo poſthumo, non poteſt talis filius eſſe hæres, etiam jure Suitatis, dum poſthumi natiuitas ſperatur; num.*369.

*Si minor à patre inſtitutus abſtineat, ſubſtitutus per ejus abſtentionem admiſſus ſit hæres directò: & ſi talis minor reſtituatur, ſolùm acquirit actiones vtiles, remanentibus directis penes ſubſtitutum; num.*370.

Proponitur ſententia negans tolli Suitatem per ſubſtitutionem Vulgarem; numer. 372. *Contraria ſententia communis defenditur; num.*373.*& ſeqq.*

*Quando filius eſt à patre inſtitutus ſub conditione Poteſtatiua, ſuſpenditur exiſtentia Suitatis per talem conditionem, manetque ſuſpenſa quandiu conditio impleri poteſt, nec in tali caſu tollitur per Vulgarem ſubſtitutionem ipſi filio factam; num.*375.

*Suitas non tollitur (etiam retentâ prædictâ communi ſententia) per tacitam Vulgarem comprehenſam ſub expreſſa Pupillari; num.*376.

*Quando Vulgaris ſubſtitutio ſolùm eſt facta expreſſè in caſum impotentiæ, non tollitur Suitas pro caſu noluntatis, in quem ſit extenſio; num.*377.

*Suitas non tollitur per Vulgarem ſubſtitutionem, quando hæc eſt conjuncta cum Fideicommiſſaria; num.*378. *Quomodo id ſit intelligendum? numer.*379. *& ſeqq.*

*Quando ſubſtitutio Vulgaris facta eſt in Suitate, vt quando pater inſtituit nepotem, ſi filius inſtitutus, ſe viuo, moriatur, Suitas filij per talem ſubſtitutionem non tollitur; num.*381.

*Per ſubſtitutionem in parte hæreditatis factam filio in totum inſtituto, Suitas ipſius filij non tollitur; num.*382.

*Quando ſubſtitutio Vulgaris caret effectu, vt quia ſubſtitutus repudiauit, vel viuo teſtatore mortuus eſt, Suitas inſtituti non tollitur juxta graues DD. num.*383. *ſed contrarium eſt tenendū; num.*384.

Per dationem cohæredis extranei non impediri Suitatem, ſi cohæres repudiat, vel viuo teſtatore decedit, graues DD. ſentiunt; num. 383. *ſed contrarium eſt probabilius; num.*385.

Per ſubſtitutionem Vulgarem comprehenſam in Compendioſa Suitas inſtituti non tollitur; num. 386.

*Quando legata relicta ab inſtituto non eſſent repetita à ſubſtituto, vt ſit quando ſunt relicta nominatim ab inſtituto, non tollitur Suitas per eam ſubſtitutionem; num.*387. *Id verò ſolùm procedere videtur in caſu, quo filius inſtitutus repudiaret hæreditatem in fraudem legatorum; num.*388.

*Per Vulgarem ſubſtitutionem factam filio non tollitur Suitas quoad legitimā ipſi filio debitam; num.*389.

HUnc effectum ſubſtitutionis Vulgaris communiſsima DD. ſententia agnoſcit. Illum quippe admittunt, & inculcant Barth. *in l.* 1. *num.* 18. *ff. de Vulgari,* & ibi Imola *in* 5. *Quæſt. principali* Socin.ſen. *num.* 47. Ripa *num.* 127. & alij ibid. Gloſ. *in l. Papinianus, §. Quarta autem, ff. de Inoffic. teſtam.* vbi etiam Barthol.& alij Bald. *in l. Apud hoſtes, Cod. de Suis, & legit. hæred. & in l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Barthol. *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantùm, num.* 5. *ff. de Liber. & poſthum.* & ibi Emman. à Coſta *p.*4. *num.* 26. idem Barthol. *in l. Si filius, qui patri, num.* 5. *ff. de Vulgari,* & ibi Jaſon *num.* 17. Alberic. *num.* 20. Socin.ſen. *num.* 10. & 20. Guil. Bened. *in c. Raynutius, verb. Mortuo,* 2. *num.* 120. *& verb.* 367

verb. Si abſque liberis, num. 93. *de Teſtament.* Barthol. de Hucio *tract. de Subſtition. cap.* 1. *num.* 8. Bald. de Hubal. *in ſimili tract. rubr. de Vulgari, num.* 31. Polit. *tract. etiam de Subſtit. tit. de Vulgari, in fine.* Zaſius *de Subſtit. cap.* 1. *num.* 8. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 5. *ſub num.* 10 Trentacinq. *de Subſtition. p.* 1. *cap.* 14. *ſub num.* 1. *verſ. Ex ante dictis*, & alij, quamplurimi, quos refert eos ſequens Fuſar. *de Subſtitution. q.* 72. *num.* 1.

368 Probari ſolet hæc ſententia primò per
text. *in l. Si filius hæres, ff. de Liber. & poſth.* vbi dicitur, ſi pater inſtituit filium, omiſſo poſthumo, & ipſi filio ſubſtituit nepotem ex eo, tunc poſthumo non nato, nepotem effici hæredem patri, & auo. Unde arguitur, quòd talis filius amiſit Suitatem, eoquòd nepos ei fuerit ſubſtitutus; quia alioqui ſtatim poſt mortem patris ei fuiſſet hæres Suus, & nepos maneret excluſus; cùm tempore mortis aui non obtineret primum locum; ſiquidem filius eum in gradu præcedebat, quæ prioritas eſt de ſubſtantia Suitatis, *l. Poſthumum, ff. de Injuſto rupt. teſtam.*

Hoc tamen fundamentum efficax non
369 eſt, & facilè ab Aduerſarijs excluditur; nā
filius in caſu illius textus priùs deceſsit, quàm poſthumus per aborſum periret, & ita per pendentiam natiuitatis poſthumi impeditus eſt, ne eſſet Suus hæres. Non enim poterat eſſe hæres ex teſtamento; nam quandiu poſthumus naſci ſperatur, non poteſt inſtitutus eſſe hæres, etiam jure Suitatis, *l. Illud, §. fin. cum l. ſeq. ff. de Bonor. poſſeſſ. contra tabul. & l. Ventre, in princip. & verſ. Ergo ſi pleno, ff. de Acquiren. hæredit.* Neque etiam ab inteſtato; nam quandiu locus eſſe poteſt ſucceſsioni ex teſtamento, non defertur ſucceſsio ab inteſtato, *l. Quandiu poteſt,* 39. *ff. de Acquir. hæred.* igitur cùm per mortem talis filij, dum poſthumi natiuitas pendebat, ſublatus fuerit primus gradus, ſubintrauit nepos in ejus locum, & poſthumo poſtea per aborſum extincto, effectus eſt hæres tam auo, quàm patri, qui intellectus eſt ſatis facilis, & à multis receptus, dicitque Jaſon *in d. l. Si filius hæres*, quòd eſt ſicut ſol verus, & ſic omnino excluditur argumentum, quòd ex hoc textu pro prædicto effectu Vulgaris ſubſtitutionis communiter deſumitur.

Secundò igitur, & efficaciùs dicta ſen- 370
tentia probatur per text. *in l. Et ſi ſine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Minor.* vbi ſi minor à patre inſtitutus ſe abſtineat, nolendo eſſe hæres, fit locus ſubſtituto vulgari, & ſi poſtea ille minor in integrū reſtituatur aduerſùs abſtentionē, ſolùm acquirit vtiles actiones, eoquod directæ maneant affixæ oſsibus ſubſtituti, qui ſemel fuit effectus hæres, & non poteſt deinceps deſinere eſſe hæres, ſecundùm juris regulas; vnde ſic pro prædicta ſententia arguitur: ſi per Vulgarem ſubſtitutionem non tolleretur Suitas, ille filius minor remanſiſſet Suus, & conſequenter etiam poſt abſtentionem maneret hæres directò, quanuis ſolo nomine, & ſine effectu, *l. Generaliter, §. Sed & ſiquis, ff. de Fideicommiſſar. libert. & l.* 2. *§. Et ſi ſint Sui, ff. Ad Tertul.* Ergo non fuiſſent illi neceſſariè vtiles actiones, cùm ſemper retinuerit jura directa, quæ excluſo per reſtitutionem ſubſtituto priſtinam vim recuperarent, vt per *l. Si hæres inſtitutus, ff. Ad Trebel.* Atqui *in d. §. Sed quod Papinianus*, dicitur quòd ſolùm acquirit actiones vtiles; ergo ſupponitur, quòd per dationem ſubſtituti vulgaris fuit ei ſublata Suitas, ex qua ſtatim poſt mortē patris eſſet hęres directò; indeque effectum eſt, ſolum ſubſtitutum, qui illo abſtinente admiſſus eſt, hæredem directò extitiſſe, & cùm non poſſet deſinere eſſe hæres, ſemper apud illum manſiſſe jura directa, ſolaſque vtiles actiones minori ſubſtituto acquiri, vt *in d. textu* habetur.

Tertiò probatur, & declaratur ratione 371
capitali & à priori, quia teſtator dando ſubſtitutum vulgarem filio, intelligitur eum facere hæredem ſub conditione, *Si voluerit*; cùm enim per Vulgarem vocetur ſubſtitutus ſub conditione, ſi inſtitutus noluerit, aut non potuerit eſſe hæres, *l. Cùm proponas, & ibi DD. Cod. de Hæred.*

Digitized by Google

vid. inſtit. eo ipſo inſtitutus vocatus cenſetur ſub cõtraria conditione, *Si voluerit eſſe hæres*, vt ſumitur *ex l. Quibus diebus. 40. §. Quidam Titio, & ex l. Aliquando 106. ff. de Condit. & demonſtr.* quæ verba licet in hærede extraneo ſeu non neceſſariò nihil operentur, attamen in neceſſario, qualis eſt filius in poteſtate, operantur, vt non maneat neceſſarius, atque adeo nec Suus, ſed voluntarius, acſi eſſet extraneus, redduntque inſtitutionem cõditionalem, *l. Verba hæc, 12. & ibi Gloſ. & DD. ff. de Condit. inſtitut. l. Iam dubitari, 86. vbi etiam DD. ff. de Hæred. inſtit.* & ita de primo ad vltimum per dationem vulgaris ſubſtituti tollitur exiſtẽtia Suitatis. Mitto alia fundamenta, quæ apud Trentacinq. *vbi ſuprà*, & apud Anton. Gom. & Menchac. infra citat. videri poterunt.

372 Contrariam tamen ſententiam, quòd ſcilicet per Vulgarem ſubſtitutionem Suitas non tollitur, magis probarunt Bald. *in d. l. Si filius hæres, ff. de Vulgari*, & ibi Angel. Chriſtophor. de Caſtellionibus Paul. Caſtr Raph. Cum. & Alciat. *num. 40.* idem Bald. *in d. l. Papinianus, §. Quarta, ff. de Inoffic. teſtam.* Bened. de Plumbin. *in l. Si fratris, Cod. de Iure deliber.* & ibi Fulgoſ. & Caſtr. Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap. 24. verſ. Vulgari ſubſtit.* Ant. Gom. plures referens *tom. 1. Variar. reſolut. cap. 3. ante n. 16.* Menchaca *de Succeſsion. creat. lib. 3. §. 21. numer. 186.* vbi poſtquam plurima congeſſit fundamenta pro hac parte, in fine tandem concludit, ſemper ſibi viſam eſſe ſuperiorem communem ſententiam à mente ſenſuque Iureconſultorum tam longè diſtare, quàm diſtat ſolis, luciſque occaſus ab ortu. Et hæc ſententia non dubium quin valde probabilis ſit, tum ob alia fundamenta, tum maximè, quia ſententia communis non tam ſolidis nititur fũdamentis, vt eis non poſſit ſatis probabiliter ſatisfieri, vt videri poteſt apud Trẽtacinq. *loco citat.* vbi præcipuis fundamentis à ſe adductis ſufficientes adhibet reſponſiones, quod huic opinioni videtur eſſe ſatis; nam eo ipſo quòd contrarium efficaciter non probetur, debet ipſa cenſeri ſufficienter probata, cùm habeat ſuam intentionem fundatam in jure certo, & indubitato, quòd filius in poteſtate eſt Suus hæres, *§. Sui, Inſtit. de Hæred. qualit. & differ. §. Sui, Inſtit. de Hæred. ab inteſt. l. Neceſſarijs, ff. de Acquir. hæred. cum concord.* Omniſque ademptio, & priuatio eſt odioſa, argum. *l. Cùm quidam, ff. de Liber. & poſthumis*; & propterea non debet intelligi facta, niſi ſufficienter probetur.

At non cenſeo recedendum à commu- 373
ni ſententia, ſaltem ob auctoritatem DD. à quibus maiori ex parte tanquam certa inculcatur, vel ſupponitur, & videtur in praxi recepta. Ut autem firmior euadat proponam, ac ſoluam vnum, vel alterum argumentum, quòd videtur efficacius, ex multis, quibus ab Aduerſarijs impugnatur. Primum ſit, quod deſumunt *ex l. Lucius, 45. in princip. ff. de Vulgari*, vbi filius infans à patre inſtitutus decedens ante pubertatem, quando adhuc per ætatem ei non licebat hæreditatem adire, ipſam nihilominus hæreditatem tranſmiſit ad matrem, excluſo ſubſtituto, qui per Vulgarem Reciprocam ei fuerat datus: quod non ita eſſet, ſi per dationem vulgaris ſubſtituti Suitatem amiſiſſet: ſiquidem hæreditatem non aditam tranſmittere non potuit ad matrem, niſi jure Suitatis. Reſpondetur, in eo caſu fuiſſe aditam hæreditatem, vt ibi notat Gloſ. *verb. Poſtea*, quod fieri potuit interuentu tutoris, vel judicis, *l. Infanti, Cod. de Iur. deliber.* & ita factum eſſe ſufficienter colligitur ex ipſo textu, cùm ibi excludatur ſubſtitutus, eueniente caſu Pupillaris ſubſtitutionis, quæ ſuaptè natura requirit aditionem hæreditatis paternæ, *l. 2. in princip. verſ. Adeo autem, ff. de Vulgari.*

Alterum ſit, quod ſumitur *ex l. fin. ff.* 374
de Condit. inſtit. vbi inſtituto filio ſub conditione dandi Poteſtatiua, quæ in vltimo vitæ ſpiritu impleri poſsit (vt ſub conditione dandi, quæ per alium in illo vitæ articulo poteſt impleri, vt ibidem dicitur) non admittitur vulgaris ſubſtitu-

tus

tus ei datus, niſi poſtquam talis filius eâ conditione non impleta perfectè mortuus eſt. Vnde ſic arguitur: ſi Suitas amittitur per dationem vulgaris ſubſtituti, debuit ſubſtitutus in caſu propoſito admitti, vbi ille filius inciperet mori,& non eſſet expectanda perfecta illius mors, quia licèt conditio, eo adhuc viuente, impleretur; attamen jam in illo vltimo vitæ ſpiritu, cùm voluntas deficiat, non poteſt hæreditas adiri, *l. fin.& ibi Gloſ. ff. Quando dies leg. ced.* & ita cùm jam certum ſit eum non poſſe eſſe hæredem, ſiquidem ſublata Suitate, nemo ſit hęres abſque aditione, admittendus eſt ſtatim ſubſtitutus cui tunc ſit locus, quando certum eſt inſtitutum non poſſe eſſe hęredem, vt eſt indubitatum, & conſtat ex eadem *l. fin. in primo caſu,* latiùſque declaratum eſt *ſupra, §. 5.* Atqui in caſu propoſito expectanda eſt mors filij: ergo fatendum eſt,quod per dictam Vulgarem non amiſit Suitatem, ſed quod ratione illius etiam in vltimo vitę ſpiritu potuit eſſe hæres abſque aditione, ſi conditio tunc impleretur, vt per alium potuit.

375 Reſpondetur hoc argumento ſolùm probari, non tolli Suitatem quando ſubſtitutus vulgaris datur filio inſtituto ſub conditione Poteſtatiua, quæ in vltimo vitæ ſpiritu impleri poteſt, quòd libenter fatemur, & notauit Socin. *in l. 1. num. 47. in vltima limit. ff. de Vulgari,* & Trentacinq. *d. cap. 14. fine:* ſuſpenditur enim Suitas per conditionem Poteſtatiuam, *l. Iam dubitari, & l. Cornelius, ff. de Hæred. inſtit. & l. Conditionibus, ff. de Condit. & demonſtr.* & notat Barth. *in l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari,* & ideo dum talis conditio pendet non eſt dicendum, quòd Suitas ſit ſublata per Vulgarem ſubſtitutionem poſtea factam; nam licèt dubitari poſſet, an teſtator voluerit eam tollere per dationem ſubſtituti, attamen in tali dubio præſumendum potiùs eſt, ſolùm voluiſſe vt maneret ſuſpenſa: tum quia non eſt præſumendũ, quòd in continenti ſe voluit corrigere, *l. Non ad ea, ff. de Condit. & demonſtrat.* Tum quia ſubſtitutio in hoc caſu facta eſt in pœnam non ſeruatæ conditionis, ac proinde debet reſtringi; magiſque intelligitur, quòd teſtator voluit punire omiſſionem conditionis,quàm dare licentiam inſtituto. vt poſſet non eſſe hæres, & ſic tollere Suitatem. Tum denique, quia in dubio ſit interpretatio, prout magis fauet filijs, Bald. *in Auth. Inter liberos, Cod. de Teſtament.* eſt autem maior filij fauor, quod pater ſolùm voluerit ſuſpenſam manere Suitatem filij; ad hoc vt in vltimo vitæ articulo fieret hęres, ſi tũc dicta conditio impleretur: & ſic *d. l. fin.* non probat ſimpliciter & abſolutè,quòd Suitas non tollitur per ſubſtitutionem Vulgarem, ſed ſolùm, quòd non tollitur quando talis ſubſtitutio facta eſt filio inſtituto ſub conditione Poteſtatiua, quæ in vltimo vitæ ſpiritu impleri poteſt. Neque in hoc tantùm caſu,ſed etiam in multis alijs prædicta communis ſententia limitatur, vt ſtatim videbimus. Alia argumenta leuiora, eorumque ſolutiones videri poſſunt apud Trentacinq. *d. cap. 14 ſub num. 1.*

Fallit autem præfata ſententia, primò in tacita Vulgari comprehenſa ſub expreſſa Pupillari: illa enim tacita Suitatem non tollit: Barthol. *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, ff. de Liber. & poſthum.* & ibi cęteri communiter; idem Barth. *in l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari,* alijque ibidem, Bald. *in l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & al. ſubſtit. & in l. Apud hoſtes, Cod. de Suis & legitim.* multique alij antiquiores, quos citant,& ſequuntur Mantica *de Coniectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 5. num. 11. & 12.* Menchaca, *d. §. 21. n. 189.* dicens eſſe communem, Trentacinq. *d. cap. 14. num. 2.* qui etiam teſtatur de communi, & Fuſar. *de Subſtitut. q. 72. num. 9.* Probatur, quia per exiſtentiam Suitatis confirmantur tabulæ pupillares, ſeu ipſa Pupillaris ſubſtitutio, ita vt opùs non ſit quod hęreditas ex paterno teſtamento adeatur, *l. Iulianus, l. Filius, qui ſe paterna, ff. de Acquir. hæredit. l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari.* Quomodo autem confirmaretur Pupillaris per exiſtentiam Suitatis, ſi ipſa Suitas per tacitam 376

citam Vulgarem, ſub ipſa Pupillari comprehenſam euerteretur.

377 Fallit ſecundò, quando Vulgatis ſubſtitutio ſolùm eſt facta expreſsè in caſum impotentiæ: tunc enim non tollit Suitatem pro caſu noluntatis, in quem fit extenſio; Barth. *in d. l. Gallus*, §. *Et quid ſi tantum*, *ff. de Liber. & poſth.* & ibi communiter DD. Bald. *in l. Cùm proponas*, *Cod. de Hæred. inſtit.* Imola *in d. l. Iam dubitari*, *& in l. Si paterfamil. ff. de Hæred. inſtit.* Alex. *in l. fin. num. 2. ff. de Inſtitut. & ſubſtit.* & ibi Iaſ. *num. 6. ad med.* Idem Alex. *in l. Si filius hæres*, *limit. 2.* & ibi Iaſ. *num. 55. ff. de Hæred. inſtit.* Socin. ſen. *in l. 1. num. 47. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num. 177.* & alij, quos citant, & ſequuntur Trentacinq. *d. cap. 14. num. 5.* & Fuſar. *d. q. 72. num. 6.* Probatur per text. *in d. l. fin. ſecundùm vnum intellectum*, *Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* & præterea, quia ſi Suitas non tollitur per tacitam Vulgarem comprehenſam ſub expreſſa Pupillari, vt proximè dictum eſt, nec etiam debet tolli per dictam Vulgarem in caſum non expreſſum; quæ etiam eſt tacita, & ſolùm per extenſionem, ſub expreſſa continetur.

Fallit tertiò, quando ſubſtitutio Vul-
378 garis eſt cõiuncta cum Fideicommiſſaria: tunc enim Suitatis exiſtentia non tollitur; Alex. *in l. Si filius hæres*, *col. pen. ff. de Liber. & poſth.* & ibi Iaſ. *numer. 67.* & Caſtr. Angel. *in l. 1. ff. de Vulgari*, & ibi Socin. ſen. *num. 47.* Iaſ. *num. 41.* & Imol. Bald. *in l. Non juſtam*, *prima op. Cod. Ad Trebel.* vbi etiam Fulgoſ. & plures alij, quos citant, & ſequuntur Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib. 3. interpret. 1. dub. 6. ſolut. 5. num. 29.* Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. cap. 14. num. 11.* & Fuſar. *d. q. 72. num. 12.* Ratio eſt, quia in hoc caſu poteſt inſtitutus cogi per fideicommiſſarium, vt adeat hæreditatem, ſiue velit, ſiue nolit, *vt per d. l. Non juſtam*, *Cod. Ad Trebel.* & *l. Nam quod*, *§. 1. & in l. Facta*, *§. Iulianus*, *ff. eodem*. Ergo non cenſetur illi data à teſtatore licentia omittendi hæreditatem, atque adeò nec ſublata exiſtentia Suitatis: nam ſi talem licentiam teſtator daret, non poſſet cogi adire, *l. 1. §. Si proponatur*, *ff. Si quis omiſſâ cauſâ teſtam.*

Intelligit verò hanc limitationem Angel. *in d. l. Papinianus*, *§. Quarta*, *ff. de Inofficioſo teſtam.* vt, quando quis fuerit ſubſtitutus vulgariter, & per fideicommiſſum, inſpiciendus ſit futurus euentus; & ſi quidem ſubſtitutus eligat ſuccedere ex Fideicommiſſaria, tunc Suitas, ejuſque operatio ſubſiſtat, *vt per l. Ita tamen*, *§. Si pater*, *ff. Ad Trebel.* ſi autem eligat ſuccedere ex Vulgari, Suitas euertatur, & effectum non habeat: quam ſententiam ſequitur Aret. *in l. Centurio*, *col. antepenult. verſ. Vbi dixit*, *ff. de Vulgari*, & Iaſon *in d. l. Si filius hæres*, *col. fin. ff. de Liber. & poſth.* Hanc tamen opinionem rejiciunt meritò Prætis, & Trentacinq. *loco proximè citat.* Eſt enim contra communem ſupra traditam, & ſatis confunditur illa ratione; quòd teſtator grauando inſtitutum fideicommiſſo, videtur ſimpliciter, & abſolutè negare illi licentiam abſtinendi, & ſic in nullum futurum euentum tollere exiſtentiam Suitatis, vt filius non ſit hæres neceſſarius. Neque enim cum fundamento cogitari poteſt, quòd teſtator eam licentiam illi denegauit pro caſu, quo ſubſtitutus vellet ſuccedere ex Fideicommiſſaria, econtra verò illam cõceſſit pro caſu, quo ſubſtitutus vellet ſuccedere ex Vulgari; eſſet enim hæc nimia prouidentia in fauorem ſolius ſubſtituti, quaſi eſſet magis dilectus, quàm inſtitutus; quod non eſt admittendum; præſertim cùm tam ſubtiles diſtinctiones vix in mentem DD. veniant, nedum teſtatorum, qui plerumque ſunt rudes, & idiotæ. 379

Addit etiam, & benè Trentacinq. *d. cap. 14. num. 12.* poſt Barthol. Bald. & alios, quos refert Fuſar. *d. q. 72. num. 12.* quòd prædicta limitatio habet etiam locum, quando filio inſtituto datus eſt vnus ſubſtitutus vulgaris, & alter fideicommiſſarius, quia tunc etiam militat illa ratio, quòd inſtitutus poteſt cogi à fideicommiſſario adire, & ipſi reſtituere hæreditatem, excluſo ſubſtituto vulgari, vt traditum 380

tum eſt *ſupra*, §. 12. & ita non cenſetur teſtator dediſſe filio inſtituto licentiam abſtinendi, atque adeo nec Suitatem abſtuliſſe, ſaltem abſolutè & ſimpliciter, ſed ad ſummum pro caſu, quo fideicommiſſarius nollet eũ cogere adire, juxta ſententiam Angeli, *num. præced.* relatam; quam in hoc caſu valde probabilem cenſeo.

381 Fallit quartò, quando ſubſtitutio Vulgaris eſſet facta in Suitate, vt quando teſtator dixit; *Si filius meus, quem inſtituo, me viuo moriatur, vel aliàs deſinat eſſe hæres Suus, ſubſtituo nepotem.* Per talem quippe ſubſtitutionem Suitas inſtituti non tollitur. Ita Barth. *in d.l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, ff. de Liber. & poſth.* Alex. *in d.l. Si filius hæres, num.* 5. *fallen.* 3. *ff. eod.* & ibi Iaſ. *n.* 57. Socin. ſen. *in l.* 1. *n.* 47. *limit.* 5. *ff. de Vulgari*, Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Mortuo itaque, n.* 195. *de Teſtam.* Menchac. *d.* §. 21. *n.* 193. vbi dicit eſſe communem, Trentacinq. dicens etiam communem *d. c.* 14. *n.* 8. & Fuſar. *d. q.* 72. *n.* 24. Probatur per text. *in d l. Gallus, §. Sed nunc de lege, juncto §. Etiamſi parente, verſ. Et bene verba ſe habent.* Et conſtat facilè hac ratione, quia talis ſubſtitutio fit in caſum, quo filius deſinat eſſe Suus, ſiue per mortem in vita patris, ſiue per emancipationem: ergo tantùm abeſt quòd tollat Suitatem, vt potiùs per ejus exiſtentiam ipſa ſubſtitutio tollatur.

382 Fallit quintò, quando ſubſtitutio ſolùm eſſet facta in parte hæreditatis, vt ſi teſtator dixit; *Inſtituo filium meum, & ſi ille nolit eſſe hæres niſi in dimidia parte hæreditatis, ſubſtituo illi Caium in altera dimidia*; tunc enim Suitas non tollitur. Ita Imola, *in l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* Paul. Caſtr. *in d. l. Si filius hæres*, & ibi Alex. *n.* 5. *limit.* 2. Socin. ſen. *in d. l.* 1. *n.* 47. *limit.* 8. *ff. de Vulgari*, Guil. Bened. *vbi ſupra, n.* 196. Menchac. *d.* §. 21. *n.* 192. Trentac. *d. c.* 14. *n.* 9. & Fuſar. *d. q.* 72. *n.* 16. eſtque communis ſententia. Probatur *per l. Si ſolus, in princ. ff. de Acquir. hæred.* & fundatur ea ratione, quia hęres in totum, ſeu in omnes partes hæreditatis inſtitutus, non poteſt adire, & acquirere vnam partem, quin ſimul etiam acquirat, & fiat hęres quoad aliam; quia alioqui poſſet contingere, vt teſtator maneret pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, quod jus non patitur, *l. Ius noſtrum, ff. de Regul. jur.* & ideo quando teſtator dedit filio ſubſtitutum vulgarem ſolùm quoad partem hæreditatis, non poteſt intelligi, quòd ei dediſſet licentiam abſtinendi ab ea parte: ſiquidē nec ſi vellet, talem licentiam dare poſſet; & ita Suitatem non abſtulit. Nec dicas, quòd teſtator in propoſito caſu dedit filio licentiam diuidendi hæreditatem; atque adeo quemadmodum, ſi ipſe teſtator eam diuideret inſtituendo ſimul filium, & alios in diuerſis partibus illius, poſſet filius adire, & acquirere ſuam partem, quin acquireret & haberet jus Suitatis quoad alias, vt per *l. Seruus quoquè, in princip. ff. de Hæred. inſtit.* ita in caſu propoſito. Reſpondetur enim, negando aſſumptum: nam cùm leges diſponant, vt inſtitutus in tota hæreditate, vel in omnibus partibus illius, aut totam capiat, aut totam omittat, *l.* 1. *&* 2. *ff. de Acquir. hæred.* fit vt neque de licentia teſtatoris eam poſſit diuidere, acquirendo ſibi vnam partem, & relinquendo aliam ſubſtituto: nam teſtator ordinationem juris immutare non poteſt, *l. Nemo poteſt, ff. de Leg.* 1. Vide etiam circa hoc punctum, quæ ſupra dicta ſunt, §. 14. *numer.* 261.

Fallit ſextò, juxta opinionem grauium DD. quando ſubſtitutio careret effectu, vt quia ſubſtitutus repudiauit, vel mortuus eſt in vita teſtatoris. Ita Bald. *in l. Si mater, §.* 1. *ff. de Vulgari, & in l. Quidam Eulogio, Cod. de Iure deliber.* Oddus *in Prælud. Compend. p.* 2. *q.* 2. *effectu* 5. & Menchaca plures referens *dict.* §. 21. *numer.* 198. vbi teſtatur hanc eſſe communem opinionem, quam etiam tenet Gloſ. *in l. Papinianus, §. Quarta, verb. Ad ſubſtitutum, ff. de Inoffic. teſtamento*, prout hanc Gloſ. non immeritò intelligit Baldus *in l. Si fratris, C. de Iure deliber.* Probari ſolet à ſimili 383

M ex

ex quadam alia opinione,quæ tenet,quod licèt per dationem cohæredis extranei tollatur Suitas,vt probat text. *in d.l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* & explicatum eſt *ſupra*, §. 21. *numer.* 336. *& ſeqq.* attamen hoc non procedit, quando talis datio effectu caret, vt quando cohæres noluit, aut non potuit adire, quam opinionem approbat Bald. *in d. l. Si fratris, & in l. Ex duobus, fine, ff. de Vulgari,* quem ſequuntur Angel. *in l. Et ſi contra, ff. eod.* & Paul. Caſtr. *in d.l. Si fratris, & in l. Cum hæreditate, ff. de Acquir. hæred.* Vnde idem dicendum eſt in præſenti caſu, cùm eadem ſit ratio.

384 Contrariam tamen opinionem tenent meritò Imol. *in d.l. Si mater, §. 1. ff. de Vulgari,* & ibi Alex. Iaſ. *in d.l. Si filius hæres, num. 59. ff. de Liber. & poſt.* vbi etiam Alex. *n. 5. limit. 9.* Socin. *in l. 1. n. 47. verſ. Decimoquartò limita*, vbi dicit hanc opinionem eſſe magis tutam, Trentac. *de Subſtitut p. 1. c. 14. n. 14 & 22.* & alij apud Fuſar. *d. q. 72. n. 31.* Probatur primò ex illa regula quòd ſemel extinctum reuiuiſcere non poteſt, *l. Cum mora, & l. Si diuerſa, C. de Tranſact.* Vnde cùm per dationem ſubſtituti pater dederit licentiam filio abſtinendi ab hæreditate, & conſequenter Suitatem abſtulerit, non poteſt poſtea Suitas reuiuiſcere quando ſubſtitutio fit caduca, vel ſubſtitutus repudiat. Secundò, quia per dationem vulgaris ſubſtituti intelligitur filius inſtitutus ſub conditione, *Si voluerit eſſe hæres*, vt declaratum eſt *ſupra, n.* 371. per talem autẽ conditionem redditur filius ſimpliciter non neceſſarius, & non Suus.

385 Neque argumentum à ſimili,quod pro aduerſa parte adducitur, vim habet; nam in communi ſententia, quæ tenet per dationem cohæredis extranei tolli exiſtentiam Suitatis, *iuxta d. §. Idem Iulianus*, multò probabilius eſt, quòd id procedit etiam in caſu,quo talis cohæres repudiauit, vel viuo teſtatore deceſſit, ideſt, quòd in tali caſu Suitas quæ ſemel per illam dationem eſt ſublata quoad effectum confirmandi tabulas pupillares (id enim tantùm probat text. *in d. §. Idem Iulianus*) minimè reuiuiſcit. Sic tenent Angel. *in l. Papinianus, §. Quarta, ff. de Inoffic. teſtam.* Imol. *in d.l. Ex duobus, in fine, ff. de Vulgari,* Alex. *in d.l. Si fratris, n. 3. C. de Iure deliber.* Raphael Cuman. *in l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari,* Iaſon *d. l. Si filius hæres, ff. de Liber. & poſth.* & Trentacinq. *d. cap. 14. n. 15.* Fundamentum ſumitur tum ex d. regula, quòd ſemel extinctum non reuiuiſcit, tum *ex l. Sed ſi plures, §. Filio verſ. Idem eſt, ff. de Vulgari,* iuxta communem intellectum, vbi probatur, quòd quanuis cohæres non adiuerit, non confirmantur tabulæ pupillares. Vnde arguendo à dicto ſimili ex datione cohæredis extranei potiùs cõfirmatur noſtra ſententia, quã Aduerſariorũ.

386 Fallit ſeptimo in ſubſtitutione Vulgari comprehenſa in Compendioſa: ſic Angel. *in d.l. Papinianus, §. Quarta, col. fin. ff. de Inoffic. teſtam.* Caſtr. *in d.l. Si filius hæres, ff. de Liber. & poſth.* & ibi Cuman. Alex. *col. fin.* & Iaſ. *n. 55.* Socin. ſen. *in l. 1. num. 7. limit. 7. ff. de Vulgari,* Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Mortuo itaque, n. 203. de Teſtam.* Emman. Coſt. *in cap. Si pater, 2. p. verb. Ac deinde filio, numer. 14. de Teſtam. n. 6.* & alij quos citant, & ſequuntur Menchac. *d. §. 21. n. 200.* & Trentacinq. *d. cap. 14. n. 7.* Ratio eſt, quia ſubſtitutio Compendioſa comprehendit ſimul Vulgarem, & Fideicommiſſariam, ſaltem regulariter, & ſuâpte naturâ, vt eſt indubitatum: quando autem non ſolùm datur ſubſtitutus per Vulgarem, ſed etiam per Fideicommiſſariam, Suitas non tollitur, vt probatum & declaratum eſt *ſup. n. 378. cum ſeqq.* Et idem eſt in Breuiloqua continente Cõpendioſã, vtſi dictũ eſſet; *Quandocũq; deceſſerint eos inuicem ſubſtituo.* Sic Alex. & Trentac. *loco cit.*

387 Fallit octauò, quando legata relicta ab inſtituto non eſſent repetita à ſubſtituto, vt fit quando nominatim ſunt relicta ab inſtituto, vt per DD. *in l. Si Titio, & Mæuio, §. Iulianus, & in l. Celſus, §. Quod alicuius, ff. de Leg. 2. & in l. Licet Imperator, ff. de Leg. 1. & in l. Re coniuncti, ff. de Leg. 3.* & per Corn.
poſt

Digitized by Google

poſt alios *in l. Non juſtam, Cod. Ad Trebel.* Tunc enim per dationem ſubſtituti nuñ tollitur Suitas, vt ſentiunt Bald. *in l. 1. C. Siquis omiſſâ cauſâ teſtam.* Aret. *in d. l. Si filius hæres, ff de Liber. & poſth.* & ibi Alex. *col. pen fallent. 7.* & Jaſ. *n. 58.* Guil. Bened. *in d. cap. Raynutius, verb. Mortuo itaque, n. 199. de Teſtam.* & Mẽchac. *d. §. 21. n. 197.* vbi dicit, hanc eſſe cõmunem opinionem. Fundamentum eſt, quia in hoc caſu non cenſetur teſtator dediſſe filio inſtituto licentiam repudiandi, atq; adeò non ſubſtuliſſe Suitatem; eſſet enim talis licentia in perniciem legatorũ, quæ omnino perirent, ſi filius eâ licentiâ vteretur; ſiquidem in tali caſu hæreditas deueniret ad ſubſtitutum abſq; onere legatorum: non videtur autem teſtator voluiſſe, vt liceret inſtituto euertere legata ab ipſo relicta, *l. Iulianus, ff. Siquis omiſſâ cauſ. teſtam.*

388 Hanc ſententiam dicit Trentac. *d. c. 14. n. 18.* eſſe indubitanter veram pro caſu, quo filius repudiaret hæreditatẽ in fraudem legatorum, vt quando abſq; cauſa nollet eſſe hæres, quòd pro tali caſu, non cenſeatur teſtator illi dediſſe licentiã repudiandi, vt probat text. *in d. l. Iulianus,* ſecluſa verò tali fraude, probabilius credit cũ Imol. *in l. Si fratris, C. de Iure Deliber.* & Socin. ſen. *in l. 1. n. 47. limit. 11.* quòd per dationem ſubſtituti in dicto caſu, videtur data eſſe inſtituto licentia repudiandi, & conſequenter Suitas ablata, nihil obſtante dicto legatorum periculo; quæ ſententia mihi etiam videtur ſatis probabilis ex ratione, qua id bene declarat Trentacinq. *cit.*

389 Fallit nonò, quoad legitimam filio debitam, vt nimirum ſi filius ſit inſtitutus in maiori parte, quàm in legitima, & illi datus ſit ſubſtitutus vulgaris, talis ſubſtitutio non tollat ab eo Suitatem quoad legitimam, & cõſequenter non impediat trãſmiſsionẽ ipſius legitimæ ex potentia Suitatis ad quoſcunq; hæredes filij, ſi ille ante aditam hæreditatem poſt mortem patris teſtatoris decedat. Ita Jaſ. *in d. l. Si filius hæres, n. 61. ff. de Liber. & poſth.* Guilliel. Bened. *in d. verb. Mortuo itaq; n. 202.* Menchaca, *d. §. 21. n. 199.* & Ant. Gom. plurimos in eandem ſententiam referens, *tom. 1. Var. c. 9. n. 40.* qui etiam id docet *c. 3. ſub n. 17. verſ. Sed nihilominus, & n. 19.* vbi ex hoc notabiliter aduertit, poſſe filium eſſe pro parte Suum, & pro parte extraneum; cùm in legitima retineat jura Suitatis, non verò quoad alia bona, quando pater illi dedit ſubſtitutum vulgarem: id quod ex multis textibus cõfirmat. Tradita verò principalis reſolutio probatur ex eo, quòd hodie omne grauamen à legitima excluditur *per l. Quoniã in prioribus, C. de Inoffic. teſtam.* Quod fundamentum latiùs in hanc ipſam ſententiam explicatum à nobis eſt *ſuprà, §. 17. ferè per totum,* vbi etiam contrariam ſententiam cum ſuis fundamentis, & multis ejus relatis Authoribus propoſuimus, & confutauimus.

Quaſdam alias limitationes leuis momenti affert Trentac. *d. c. 14.* & Fuſar. *d. q. 72.* quas, quia facilè ex ſupradictis intelliguntur apud eos videndas omitto.

§. 24. *Quando Vulgaris ſubſtitutio expiret?*

SUMMARIUM.

Subſtitutio Vulgaris expirat adita hæreditate per inſtitutum. Quod procedit reſpectu omnium graduum ſubſtitutionis, vt ſcilicet omnes expirent, primo inſtituto adeunte; n 390.

Si ſubſtitutus vulgaris grauatus ſit Fideicommiſſariâ, vt reſtituat hæreditatem alicui tertio, non ſolum Vulgaris ſubſtitutio, ſed etiam ipſa Fideicõmiſsaria expirat, adeunte primo inſtituto; n. 391.

Quando plures ſunt vocati per meram Fideicommiſsariam ordine ſucceſsiuo, licèt in aliquo eorum talis ſubſtitutio efficiatur caduca, vt quia ſecũdo, vel tertio loco vocatus natus non eſt, vel obijt viuente primo vocato, non proinde expirat talis Fideicõmiſſaria reſpectu ſequentium vocatorum; ibid.

Etiam Vulgaris ſubſtitutio facta in legatis expirat primo legatario legatum agnoſcente; num. 392. Id autem fallit

in legato vſusfructus? n. 393. & ſeq. Excipiuntur tamen duo caſus, n. 396.

Quando procedat, quòd ſermo ſimpliciter prolatus circa rem, quæ repetitis vicibus fieri poteſt, intelligatur tantùm de prima vice? num. 395.

390 Regula in præſenti eſt, quòd Vulgaris ſubſtitutio expirat adita hæreditate per inſtitutum. Ita DD. omnes per tex. *in l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & patet ratione, quia hæc ſubſtitutio fit ſub conditione, *Si inſtitutus hæres non erit*: hæc conditio deficit vbi inſtitutus hæreditatem adit; cùm ſtatim exiſtat hæres: ergo ipſam etiam ſubſtitutionem tunc deficere, & expirare neceſſe eſt. Quæ regula procedit reſpectu omnium graduum ſubſtitutionis, vt nimirum per aditionem inſtituti in primo gradu, non tantùm expiret ſecundus gradus, ſed cæteri omnes, quando plures perſonæ ordine ſucceſsiuo ſunt vocatæ per Vulgarem: ſic Barth. *in l. 1. n. 47. ff. de Vulgari*, & ibi Iaſ. *n. 64.* Socin. ſen. *n. 50.* Ripa *n. 185.* & cæteri cōmuniter, Barth. de Hucio, *tract. de Subſt. c. 1. n. 22.* Fumeus *tract. etiam de Subſt. vbi de Vulgari, n. 27.* Zaſ. *in ſimili tract. tit. de Vulgari, n. 29.* & cū multis alijs Peregr. *tract. de Fideicom. art. 15. n. 3.* Trentac. *de Subſtit. p. 1. c. 16. n. 2.* & Fuſar. *tract. etiā de Subſt. q. 65. n. 3.* Probatur *per l. Si mater*, vbi Barth. ſic ſūmat, *ff. de Vulgari, & per l. Cum teſtamento, ff. de Hæred. inſtit.* Patet etiam ratione, quia omnes gradus ſubſtitutionis Vulgaris fiunt ſub conditione, *Si primus inſtitutus hæres non erit*: & ideo ſi primus adit hæreditatem, cæteri omnes extingūtur, quia deficit conditio. Idem ſuo modo eſt, quando nolente, aut non valente primo inſtituto hæreditatem adire, ſequens vocatus adit: nam tunc etiam omnes vlteriores gradus Vulgaris ſubſtitutionis expirant; quia in omni gradu includitur conditio, *Si nullus ex anterioribus vocatis erit hæres.*

391 Quòd ſi vocatus per Vulgarem grauatus ſit Fideicōmiſſariâ, vt reſtituat hæreditatē alicui tertio, dubitari poteſt, an primo inſtituto adeunte, non ſolùm expiret gradus ſubſtitutionis Vulgaris, ſed etiam illa Fideicommiſſaria? Aliqui videntur negare apud Fuſar *d q. 65. n. 4.* At tenendum eſt, etiam illam Fideicommiſſariam extingui, vt bene cum Barth. & alijs docet Peregr. *d art. 15. n. 20* quia relicta à ſubſtituto nō videtur repetita ab inſtituto, *l. Quoties, C. de Fideicom.* ac præterea, quia ex eo quòd Vulgaris ſubſtitutio effecta ſit caduca, & inutilis ob aditionē primi inſtituti, nihil ipſe primus inſtitutus exinde lucratur, & ita nō debet etiā exinde grauari. Unde non obſtat, quod in oppoſitum obijci poterat *ex l. vnica, §. Pro ſecundo, C. de Caduc. tol.* vbi habetur, quòd quando plures ſunt vocati per meram Fideicōmiſſariam ordine ſucceſsiuo, licèt in aliquo eorum talis ſubſtitutio efficiatur caduca, aut quaſi caduca, vt quia ſecundo, vel tertio loco vocatus, natus non eſt, aut viuente priori vocato obijt, nō proinde ipſa Fideicōmiſſaria expirat reſpectu ſequentiū vocatorum, ſed adhuc honoratus, qui relictum aſſecutus eſt, tenetur illud reſtituere proximiori vocato, qui ſuperſtes reperitur. Id, inquam, non obſtat, nam ratio hujus deciſionis eſt, quia honoratus, qui rem habet, tenebatur eam reſtituere gradui caducato, & ſic cùm per deficientiam illius lucrum ſentiat, inde eſt vt onus etiam ſentire debeat, atq; adeò vt debeat ipſam rem ſequenti vocato proximiori reſtituere, quæ ratio redditur *in d. §. Pro ſecundo*, & in noſtro caſu ceſſat, vt dictum eſt, & ex terminis patet.

392 Procedit etiam prædicta regula in Vulgari ſubſtitutione facta in legatis, vt ſi teſtator dixit; *Lego talem fundū Petro, ſi autem noluerit, aut non potuerit illum habere, ſubſtituo illi Paulum, vel habeat eum Paulus*; talis ſubſtitutio prorſus extinguitur, primo legatario legatum agnoſcente, *l. Si legata, 6. Cod. de Legatis.*

Hoc autem graues DD. limitant, vt non procedat in ſubſtitutione Vulgari facta in legato vſusfructûs: ſi enim primus legatarius poſt agnitionem vſusfructûs legati illum habere noluit, aut non potuit, vt quia per capitis diminutionem illum amiſit,

amiſit, tenent, quòd debet in eo ſuccedere ſubſtitutus, quem teſtator ſimpliciter vocauit per Vulgarem, vt dicendo; *Si Titius nolit, aut non poſsit habere vſumfructum, quem illi relinquo ſubſtituo ei Seium*. Ita ſentiunt Alex. *in l.* 1. *numer.* 40. *ff. de Vulgari*. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, vbi de Vulgari, num.* 125. *de Teſtament*. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 1. *cap.* 16 *num.* 3 *&* 4. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q* 65. *num.* 7. Fundamentum eſt, quia vſusfructus quotidie inſtituitur, & legatur, *l.* 1. *§. Interdum, ff. de Vſufructu accreſcendo*; ergo licèt primus legatarius illum agnouerit, & pro aliquo tempore fruitus ſit, ſi illum poſtea repudiet, vel amittat, conditio ſubſtitutionis pro reliquo tempore verificatur, cùm in reliquum tempus ſit diſtinctum legatum, quod primus legatarius noluit, aut non potuit habere. Confirmatur, nam ex hoc fundamento dicitur *in d. §. Interdum*, quòd acquiſitio vſusfructus legati nō impedit jus accreſcendi competens collegatario, ſi conjunctus illum omittat: ergo etiam non impedit quominus Vulgaris ſubſtitutio locum habeat; nam ipſum jus accreſcendi tacita Vulgaris dicitur, *l. Si Titio, §. Iulianus, ff. de Leg.* 2. Confirmatur prætereà optimo textu *in l. Sicut, §.* 1. *ff. Quibus modis vſusfructus amittatur*, vbi poſito, quòd quis Titio, & Mæuio vſumfructum legauit, & ſi Titius capite minutus eſſet, eidem ipſum vſumfructum legauit, quæritur, ſi Titius talem vſumfructū capitis imminutione amiſſū recuperauit, an ei competat jus accreſcendi? Et reſpondetur, perinde illi ſaluum eſſe jus accreſcendi, acſi alius eſſet Titio in vſufructu ſubſtitutus; vbi vides locū dari ſubſtituto in vſufructu, quē primus vocatus capitis diminutione amiſit.

394 Verùm hanc limitationem dicit Ripa, *in l.* 1. *num.* 186. *ff. de Vulgari*, videri ſibi admodum periculoſam, quia ſubſtitutus non poteſt ſuccedere niſi in vſufructu, qui primo vocato relictus eſt vt patet ex definitione ſubſtitutionis; vſusfructus autem alicui relictus poſtquam ſemel ab eo eſt acquiſitus, per diminutionem capitis ipſius vſufructuarij totaliter finitur, & extinguitur, *§. Finitur, Inſt. de Vſufructu*: ergo non videtur poſſe in eo ſuccedere ſubſtitutus: cùm impoſsibile videatur, quòd detur ſucceſſio in re extincta. Hæc tamen ratio; non eſt efficax. Reſpondetur enim; cùm dicitur, quòd per diminutionem capitis omnino extinguitur vſusfructus, id intelligi quoad vſufructuarium capite minutum non verò quoad ſubſtitutum, vt probant fundaméta pro tradita limitatione adducta.

Neq; etiā vrget, ſi quis dixerit, quòd cōditio ſubſtitutionis in vſufructu debet intelligi, & verificari in prima conſtitutione vſusfructûs, vt nimirum ſi in primo vocato vſusfructus ab initio non conſiſtat, tūc ſubſtitutus admittatur: ſecùs verò, ſi ſemel in illo conſtitit, cùm ſermo ſimpliciter prolatus circa rem, quæ repetitis vicibus fieri poteſt, ſolùm de prima vice intelligatur, vt per *l. Boues, §. Hoc ſermone, ff de Verb. ſignif.* Id, inquam, non vrget, quia tunc ſermo intelligitur tantùm de prima vice, quando ea vice finita, ceſſant verba: hac enim de cauſa, cùm dicitur, *Dū nupta erit*, talis ſermo intelligitur de primis nuptijs, *d. §. Hoc ſermone*, quia primis nuptijs ſolutis ceſſat veritas verborū, cùm mulier jam non maneat nupta; quando autem verba non ceſſant, nec fit interpretatio contra eorum proprietatem, ſermo ſimpliciter prolatus æquipollet vniuerſali, & intelligitur de pluribus actibus, *l. Si pluribus, ff. de Leg.* 2. & id contingit in noſtro caſu, quia cùm vſusfructus ſuaptè natura quotidiè naſcatur, ſanè quando abſolutè profertur, talis prolatio cōplectitur omnes, & ſingulas ejus conſtitutiones, & natiuitates; & ita ſubſtitutio, ſi primus vocatus noluerit, aut non potuerit eum habere, licèt non verificetur quoad primam ejus conſtitutionem, poſito quòd fuit agnitus, & acquiſitus per primum vocatum, attamen ſi is illum poſtea amittat optimè verificatur quoad ſequentes cōſtitutiones, reſpectu quarū verba non ceſſant; cùm vſusfructus abſolutè prolatus illas etiam complectatur: igitur quoad illas admittitur ſubſtitutus. 395

 Duo

Duo autem hic ſunt aduertenda. Pri-
396 mum eſt, dictam limitationem non procedere, quando primus vocatus agnitum vſumfructum amiſit, ſeu habere deſijt per mortem naturalem. Tunc enim totaliter vſusfructus extinguitur, etiam quoad ſubſtitutum: nam is ſolùm vocatur ad ſuccedendum in vſufructu, qui primo vocato relictus eſt: primo autem vocato ſolū eſt relictus vſusfructus pro tempore vitæ ſuæ; cùm id ſit de natura vſusfructûs, vt eum perſona extinguatur *d. l. Finitur, Inſt. de Vſufructu:* igitur ſi primus vocatus illum habuit pro toto tempore vitæ ſuæ, nihil ſupereſt, quod ad ſubſtitutum deueniat. Secundum eſt, non procedere etiam dictam limitationem, ſi primus vocatus deſijt habere vſumfructum jam agnitum, eoquod illum ceſsit domino proprietatis, nam tunc cenſetur illum donaſſe ipſi proprietario, & ſic non reliquiſſe locum ſubſtituto.

Porrò circa prædictam regulam plures ſunt quæſtiones duobus *ſeqq. §. §.* expediendæ.

§. 25. *Satisfit aliquibus quæſtionibus circa prædictam regulam.*

SUMMARIUM.

Vtrùm aditione vnius expiret ſubſtitutio Vulgaris pluribus inſtitutis in vniuerſum facta? numer. 397.

Vtrùm quando inſtitutus adiuit, at poſtea reſtitutus eſt in integrum aduerſùs aditionem, locum habeat ſubſtitutus? Communis ſententia affirmat eaque probatur, ac defenditur; num. 398. *& ſeqq. & procedit quanuis hæreditas ſit ſoluendo; num.*401. *& ſeq.*

*Vtrùm juxta prædictam ſententiam ſubſtitutus in propoſito caſu admittatur de jure Ciuili, vel ſolùm de jure Prætorio? & quæ ſit vtilitas hujus quæſtionis? num.*405. *& ſeqq.*

*Non repugnat quòd de jure Ciuili ſint duo hæredes in ſolidum diuerſis reſpectibus, ideſt vnus directò, & alius vtiliter; num.*407.

Per exiſtentiam ſui hæredis ceſſat Vulgaris ſubſtitutio facta ex neceſsitate ſecundùm conſilium Galli, vel l. Vellei; num. 409.

*Subſtitutio Vulgaris expreſſa facta voluntariè non impeditur per exiſtentiam Sui hæredis, imò ipſa eam exiſtentiam tollit; num.*410. *Vulgaris autem tacita, nec exiſtentiam Suitatis tollit, neque per eam tollitur, ſed potiùs confirmatur; num.*411.

PRima quæſtio eſt, vtrum aditione 397
vnius expiret ſubſtitutio Vulgaris pluribus inſtitutis in vniuerſum facta; vt quando teſtator inſtituit duos, vel plures quibus vulgariter ſubſtituit Seium, & vnus tantùm ex illis hæreditatem adiuit cæteris repudiantibus, vel aliàs deficientibus? Hanc quæſtionem ſub his terminis tractat latiſsimè multos caſus in ea diſtinguendo Trentacinq. *de Subſtitution. p.*1. *cap.*17. ea verò coincidit omninò cum illa, quam etiam latè diſcuſsimus §.13. *per totum*, vtrùm ſcilicet inſtitutis pluribus, ſatis ſit quòd vnus ex illis repudiet, vel aliàs deficiat, ad hoc vt ſubſtitutus illis in vniuerſum adſcriptus ad ejus portionem admittatur? Unde quæ illic à nobis tradita ſunt ad præſentem etiam quæſtionem ſpectant, ejuſque reſolutionem continent: proindeque non oportet circa eam hic immorari: generaliter tamen ex ibi dictis ſtatuendum eſt, ſufficere quòd vnus ex inſtitutis adeat, ad hoc vt ſubſtitutus excludatur, & ſubſtitutio expiret niſi ex verbis teſtatoris, vel aliunde, ſufficienter conſtet, quòd ille dando ſubſtitutum, voluit priuare illum, qui adiuit, jure accreſcendi in portionem, vel portiones aliorum, qui repudiarunt, vel alia ratione hæredes non extiterunt. Hæc eſt ſententia communis, vt patet ex DD. *loco citat.* à nobis allegatis, vbi etiam ejus fundamentum adductum eſt, & plures pro diuerſis caſibus diſtinctiones, & modificationes adhibitæ.

Secunda quæſtio eſt, vtrum quando 398
inſtitutus adiuit, & poſtea reſtitutus eſt in

in integrum aduerſus aditionem, locum habeat ſubſtitutus? Communis ſententia eſt affirmatiua: eam tenet Gloſ. *in l. Et ſi ſine*, 8. *§. Sed quod Papinianus verb. Subſtituo*, *ff. de Minorib.* & ibi Barth. Bald. & Fulgoſ. Item Gloſ. *in l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitution.* & ibi Bald. Fulgoſ. Salic. Caſtr. Iaſ. & Coraſ. Gloſ. *etiam in l.* 1. *§. Siquis adita, verb. Ius antiquum, ff. Ad Tertul. & in l.* 2. *§. Interdum, ff. de Vulgari*, & ibi Alex & Salicet. Barth. *in l.* 1. *num.* 49. *ff eod.* & ibi Socin. ſen. *num.* 48. Ripa *num.* 205. & cæteri communiter. Idem Barthol. *in l. Ex contractu, ff. de Re judicata, & in d. l.* 1. *§. Siquis adita, ff. Ad Tertul. & in l.* 1. *§. Poſt ſuos, ff. de Suis, & legit. hæred.* Gloſ. Cuman. Caſtr. Alex. & alij *in d. l. Ex contractu*, Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, num* 130. *de Teſtam.* Barth. de Hucio *tract. de Subſtitut. cap.* 1. *num.* 23. Bald. de Hubald. *tract. etiam de Subſtit. in tit. de Vulgari, num.* 34 Fumeus *eodem tract. vbi de Vulgari, num* 30. Menchaca *de Succeſsion. progreſſ. in proœmio, numer.* 74 Oddus *in Prælud Compendioſæ, p.* 2. *q.* 6. *num.* 6. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitution. q.* 65. *numer.* 9.

399 Probatur primò ex ipſa natura, & virtute reſtitutionis in integrum, quæ talis eſt, vt omnia reducat in priſtinum ſtatum, *l. Denique, §. Minore, ff. de Minor. l. Quod ſi minor, §. Reſtitutio, ff. eod. & l. Non videtur, Cod. de In integr. reſtit.* Igitur ſi inſtitutus aduerſus aditionem reſtituitur, reſcinditur aditio, & perinde fit locus ſubſtituto, ac ſi inſtitutus nō adijſſet. Nec obſtat, ſi dicas, quòd per illam reſtitutionem non deſinit inſtitutus eſſe hæres juxta regul. *Quòd qui ſemel eſt hæres, ſemper manet hæres, d. §. Sed quod Papinianus, l. Ei qui ſoluendo, ff. de Hæred. inſtit. cum concord.* Reſpondetur enim reſtitutum aduerſus aditionem ſemper quidem manere hæredem, at ſolo nomine, non autem vtiliter, & cum effectu, *l. Eum quaſi*, 30. *§. Sed & ſiquis, ff de Fideicommiſſar. libert.* ſubſtitutionem autem, ſi inſtitutus non ſit hæres, intelligi, & habere locum, ſi non ſit hæres cū effectu & vtilitate: nam teſtator præcipuè intendit creare ſucceſſorem, qui cum effectu ei ſuccedat in hæreditate; ſiquidem ſecluſo tali effectu, ſolum nomen hæredis eſt vanum, & inutile; & ideo cū hæredi inſtituto vulgariter ſubſtituit, talem ſubſtitutionem intelligit pro caſu, quo inſtitutus non ſit hæres cum effectu.

Confirmatur hoc, quia ſi inſtitutus nō 400 fiat hæres jure directo ſed ſolùm vtiliter & in effectu, id ſatis eſt vt ſubſtitutus excludatur, & non cenſeatur purificata conditio ſubſtitutionis, *Si inſtitutus non erit hæres*, vt cum communi DD. tradidimus *§.* 4 *num.* 92. & videre eſt in minore, qui repudiauit hæreditatem, & poſtea aduerſus eam repudiationem reſtitutus eſt; nam licèt ſolùm recuperet vtiles actiones, ſeu fiat hæres vtiliter *d. l. Et ſi ſine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Minor.* attamen excludit ſubſtitutum, etiam ſi is jam hæreditatem adijſſet, vt per *l. Quod ſi minor §. Scæuola, ff. de Minor.* & diximus *ſupra, §.* 5. *num.* 103. Vnde planè conſtat conditionem illam ſubſtitutionis Vulgaris, *Si inſtitutus non erit hæres*, intelligi de hærede cum effectu; & conſequenter ſatis eſſe quòd inſtitutus deſinat eſſe hæres cum effectu, ad hoc vt ſit locus ſubſtituto.

Probatur ſecundò, per text. *in d. l. Ex* 401 *contractu, ff. de Re judicata*, vbi tutoribus pupillum abſtinentibus à bonis paternis poſt aditam hæreditatem, admittitur ſubſtitutus, vel cohæres. Cui textui minimè ſatisfaciunt quidam Aduerſarij dicentes, illum procedere quando hæreditas non eſt ſoluendo; non ita verò, ſi ſoluendo ſit. Quia in primis textus loquitur abſolutè & indiſtinctè, & vbi lex non diſtinguit, &c. Deinde quia ſi, vt Aduerſarij dicūt, per aditionem hæreditatis ſubſtitutio in perpetuum extinguitur, non obſtante ſequenti reſtitutione, eadem prorſus eſt ratio vt debeat extingui, ſiue hæreditas ſit ſoluendo, ſiue non; cùm in vtroq; caſu inſtitutus fiat eodem

modo hæres per aditionem, & conſequenter eodem etiam modo deficiat cōditio ſubſtitutionis, *Si hæres non erit:* atqui negare non poſſunt, hanc conditionem non deficere, quando ille reſtituitur aduerſus aditionem hæreditatis, quæ non eſt ſoluendo: ergo etiam idem fateri debent, licèt hæreditas ſit ſoluendo.

402 Neque obſtat, ſiquis in contrarium objiciat text. *in d. §. Sed quod Papinianus*, vbi minore reſtituto aduerſus aditionem hęreditatis ſit locus ſubſtituto neceſſario (ideſt, ſeruo teſtatoris) ſi hæreditas non eſt ſoluendo. Reſpondetur enim ex Gloſ. ibid. *verſ. Subſtituto*, id ſtatui ſpecialiter in ſeruo, quē propterea lex noluit, vt in caſu propoſito eſſet hæres neceſſarius niſi hæreditas non eſſet ſoluēdo, quia ſi foret ſoluendo, veroſimile eſt, inquit d. Gloſ. quòd plures vellent capere hæreditatem; & ſic non oportuit eum cogi, & facere hæredem neceſſarium in tali caſu: vtrùm autem poſſit tunc eſſe hæres voluntarius? textus non reſoluit: Gloſ. verò dicit, poſſe, ſi alij legitimi nollent ſuccedere. Mihi tamen ſatis probabile apparet, quòd etiam legitimis volentibus, ſuccedere poteſt ille ſeruus, & capere illam hæreditatem, ex iiſdem fundamentis, quibus modo probamus, ſubſtitutū admitti abſolutè ad hæreditatem, aduerſus cujus aditionem inſtitutus fuit reſtitutus in integrum.

403 Probatur tertiò & vltimò, omiſſis alijs, per textum *in l. pen. ff. de Acquir. hæreditate*, vbi inſtituto, poſt aditam hæreditatem aduerſus aditionem in integrum reſtituto, admittitur cohęres per jus accreſcendi ad ejus portionem, ſi eam ſibi velit: ergo ſimiliter, ſi inſtitutus aduerſus aditionem reſtituatur, admitti debet ſubſtitutus per Vulgarem? Cùm jus accreſcendi ſit quędam tacita Vulgaris ſubſtitutio, *l. Si Titio*, *§. Iulianus*, *ff. de Leg.* 2. Vnde ſi illud in caſu dictę reſtitutionis locum habet, etiam illum habet Vulgaris expreſſa, cùm eadem ſit ratio.

404 Contrariè nihilominus ſentiunt aliqui apud Fuſar. *d. q.* 65. *num.* 10. quibus ex parte accedunt Polit. *tract. de Subſtitution. tit. de Vulgari, partic.* 3. *q.* 42. *num.* 82. Thomas Calanth. *in Repet. l.* 1. *numer.* 83. *ff. de Vulgari*, & Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 18. *num.* 4. *verſ. Ex prædictis patet*, qui ſolùm in caſu, quo hęreditas non ſit ſoluendo, prædictam communem opinionem admittunt; ſi autem ſit ſoluendo contrariam veriorem judicant, ſcilicet non fieri locum ſubſtituto per reſtitutionem inſtituti aduerſus aditionem. At valde infirmis, vt mihi videtur, nituntur fundamentis, quæ quidem omnia ex adductis pro communi ſententia refelluntur: quare ab illa recedendum non eſt, ſiue hæreditas ſit ſoluendo, ſiue non.

Dubitari autem circa ipſam communem ſententiam ſolet, vtrùm ſubſtitutus 405 in caſu propoſito admittatur de jure Ciuili, vel ſolùm de jure Prętorio? Cujus quæſtionis ea eſt vtilitas, quia ſi venit de jure Ciuili, admittitur vſque ad 30. annos *l. Licèt, Cod. de Iure deliber.* ſi autem ſolùm de jure Prætorio, finitur ejus actio ſpatio vnius anni, vel centum dierum *l. Emancipata, Cod. Qui admitti, cum ſimil.* In hac igitur dubitatione, pro ſolo jure Prætorio ſtant cum Vltramontanis, & quibuſdam alijs. Polit. *d. partic.* 3. *q.* 43. *num.* 83. *ad fin.* & Trentacinq. *d. cap.* 18. *ſub num.* 10. *verſ. Ex prædictis conſtat*, Mouentur primò, quia reſtitutus aduerſus aditionem manet hæres de jure Ciuili, *d. l. Et ſi ſine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Minor.* ergo ſubſtitutus non poteſt eodem jure fieri hæres, cùm repugnet eſſe duos hæredes in ſolidum eodem jure, *l. Quod contra, §. vnic. ff. de Regul. jur.* Secundò, quia ſubſtitutus in præſenti caſu ſolùm ſit hæres vtiliter, & non jure directo, cùm hoc maneat penes inſtitutum: qui autem eſt hæres jure Ciuili, talis eſt directò, & non tantùm vtiliter, vt videtur communiter receptum. Tertiò quia quo jure remouetur obſtaculum, quod impediebat, nequis admitteretur ad hæreditatem, eodem cenſetur ad ipſam hæreditatem admitti, *l. Facta, §. Si ſub conditione, verſic. Quod ſi, ff. Ad Trebel.* remedium autem reſtitutionis in integrum,

grum, quo in præſenti reſcinditur, & remouetur aditio, quæ obſtabat ne ſubſtitutus admitteretur, eſt de jure Prætorio, *l.* 1. *& tot. tit. ff. de Minor.* ergo.

406 Nihilominus quòd dictus ſubſtitutus veniat de jure Ciuili tenent Barth. *in l.* 1. *num.* 49. *ff. de Vulgari, & in l.* 2. *§. Interdum, num.* 2. *ff. eod.* vbi etiam Salic. & Alex. Idem Barth. *in d. l. Et ſi ſine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Minor. & in l. Qui ſe patris*, vbi communiter DD. *Cod. Vnde liberi.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, num.* 130. *de Teſtament.* Barth. de Hucio *tract. de Subſtitution. cap.* 1. *num.* 23. Bald. de Hubal. *tract. etiam de Subſtitution. tit. de Vulgari, num.* 34. & alij apud Fuſar. *d. q.* 65. *num.* 12. eſſeque hanc communem, & receptam ſcribentium ſententiam præſertim Citramontanorum teſtatur Trentacinq. *d. cap.* 18. *num.* 5. Probatur per text. *in d. l.* 1. *§. Si quis adita, ff. Ad Tertul.* vbi ſi inſtitutus hæreditatem adiuit, & poſtea per beneficium reſtitutionis in integrum ab ea abſtinuit, admittitur alius ex antiquo jure 12. tabularum, & ſic ex jure Ciuili, nihil obſtante, quòd ille inſtitutus remanet hæres de jure Ciuili, *d. §. Sed quod Papinianus, & l. Ei qui ſoluendo, in fine, ff. de Hæred. inſtit.*

407 Et hinc non obſtant, quæ pro contraria ſententia adducta ſunt. Ad primum enim reſpondetur, cùm dicitur non poſſe eſſe duos hæredes in ſolidum eodem jure, id eſſe verum, eodem reſpectu, non verò diuerſis, vt quòd vnus ſit hæres de jure Ciuili directo, & alius de jure Ciuili vtiliter quod patet *ex toto tit. ff. Ad Trebel.* vbi inſtitutus, qui adiuit, ſemper retinet actiones directas de jure Ciuili, & fideicommiſſarius, cui hæreditatem reſtituit, acquiſiuit vtiles de eodem jure Ciuili. Ad ſecundum patet ex dictis, falſum eſſe quòd de jure Ciuili non poſſit quis fieri hęres ſolùm vtiliter. Ad tertium denique negatur maior, pro qua non bene adducitur text. *in d. verſ. Quod ſi*, nam in hoc textu ſolùm habetur, quòd quando aliquis cum onere reſtituendi hęreditatem eſt inſtitutus ſub conditione, quę de jure Prætorio rejicitur, vt turpis, vel difficilis, non autem de jure Ciuili; tunc per ipſum Prætorem cogitur capere bonorũ poſſeſſionem, vel vti actionibus hęreditarijs, ad hoc vt eas ex Trebelliano transferat in fideicommiſſarium; non autem poteſt adire hęreditatem, & fieri hæres jure Ciuili, quia cùm per illud tales conditiones non cenſeantur turpes, minimè ab illo permittitur, vt illis non impletis inſtitutus admittatur. Vnde ratio, ob quam in hoc caſu ſolùm de jure Prætorio inſtitutus poteſt capere bonorum poſſeſſionem, non eſt præciſè, quòd per illud tollatur obſtaculum conditionis, ſed quia jus Ciuile illam non remittit, neque habet pro remiſſa, & conſequenter, dum ipſa non impletur, inſtitutum non admittit. Quando autem obſtaculum ita ſublatum eſt jure Prætorio, vt res maneat in ſtatu in quo diſpoſitio juris Ciuilis habet locum, tunc effectus illius diſpoſitionis, non juri Prætorio, ſed Ciuili aſſignatur, vt patet ex eodem text. *in d. verſ. Quod ſi*, vbi actiones hæreditariæ transferuntur in fideicommiſſarium ex diſpoſitione Trebelliani, & ſic ex jure Ciuili, cùm id fieri non poſſet, niſi inſtitutus priùs ex jure Prætorio eos nactus eſſet, remiſſa conditione, ſub qua fuerat inſtitutus; quod ſimiliter euenit in noſtro caſu, vbi per reſtitutionem jure Prætorio conceſſam aduerſus aditionem, fit locus juri Ciuili, quo ſubſtitutus vocatur, inſtituto non adeunte, vel aditionem reuocante.

Non negant autem prædictæ communis ſententiæ Authores, quòd etiam de 408
jure Prætorio poſſit ſubſtitutus admitti in caſu propoſito, imò id expreſsè fatentur, admittendo poſſe illum petere bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas de jure Prætorio, ſi eo jure admitti velit. Ita Barth. *in d. l.* 1. *num.* 49. *ff. de Vulgari, & in d. l.* 2. *§. Interdum, fine, ff. eod.* alijſque in locis, Barth. de Hucio, & Bald. de Hubal. *vbi ſuprà*, & alij, id enim ſecundùm vnam lecturam probat text. *in d. §. Interdum, in fine*, ibi: *ut Prætor vtiles actiones decernat ſubſtitutis.* Hanc tamen lecturam non immeritò reprobat Trentacinq.

cinq. *d. cap.* 18. *num.* 10. vbi oſtendit, in hoc textu non agi de Vulgari, ſed de Pupillari ſubſtitutione, ſecundùm primum & verum ejus intellectum.

409 Tertia quæſtio eſt, vtrùm per exiſtentiam Sui hęredis ceſſet Vulgaris ſubſtitutio? Cum enim per exiſtentiam Suitatis filius acquirat, & fiat dominus hæreditatis, ſicut inſtitutus extraneus per aditionem, non immeritò dubitatur an ſicut per aditionem ceſſat ſubſtitutio, ita etiam ceſſet per exiſtentiam Suitatis? In hac igitur quæſtione tres caſus diſtinguendi ſunt.

Primus caſus eſt, quando Vulgaris ſubſtitutio eſt facta ex neceſsitate, ex conſilio Galli, vel legis Velleiæ, prout fit quando teſtator ſubſtituit nepotem filio inſtituto, ſi ipſe filius viuo patre moriatur: quæ ſubſtitutio ideo dicitur ex neceſsitate, quia eſt neceſſaria ad hoc vt nepos non ſe reperiat præteritum, & ex ea cauſa rũpat teſtamentum, ſi filius viuo teſtatore decedat. In hoc igitur caſu, vera & communis reſolutio eſt, per exiſtentiam Sui hæredis, ideſt filij, ceſſare talem ſubſtitutionem. Ita Gloſ. *in l. Si mater,* § 1. *ff. de Vulgari,* & ibi Barth. Bald. Caſtr. Alex. & Iaſ. idem Barth. *in l.* 1. *num* 50. *ff. eod.* & ibi Socin. ſen. *num.* 54. & Ripa, *num.* 208. Bald. de Ubald. *tract. de Subſtitut. tit. de Vulgari, num.* 35. Barth. de Hucio *tract. etiam de Subſtitut. cap.* 1. *num.* 23. Trentacinq. *de Subſtit p.* 1. *cap.* 18. *num.* 11. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 55. *num.* 3. Ratio eſt, quia hujuſmodi ſubſtitutio cenſetur potiùs facta in Suitate, quàm in hæreditate, ideſt, in caſum quo filius non exiſtat hæres Suus, & ideo ſi hæres Suus extitit, quia non eſt mortuus, nec emancipatus in vita patris, ceſſat & extinguitur ipſa ſubſtitutio.

410 Secundus caſus eſt, quando ſubſtitutio eſt facta voluntariè, & expreſsè; vt quando pater filio ſubſtituit extraneum verbis expreſsis: vel etiam quando filio ſubſtituit expreſsè nepotem non apponendo conditionem, *Si filius ſe viuo moriatur,* ſed, *Si hæres non erit,* vel dicendo tantùm, ſe illi ſubſtituere nepotem: hujuſmodi enim ſubſtitutionem cenſeri voluntariam, docet meritò Trentacinq. *loc. citat.* Et in hoc caſu, vel quæſtio propoſita locum non habet, vel ſi illum habet ſubſtitutio per exiſtentiam Sui hæredis non tollitur. Quod facilè declaratur; nam juxta communem, & magis receptam ſententiam per Vulgarem ſubſtitutionem expreſſam factam voluñtariè tollitur exiſtentia Suitatis, vt vidimus *ſupra,* §. 23. & ſic retenta hac ſententia nõ habet locum prædicta quæſtio in tali ſubſtitutione. Atque ita in ſpecie reſpondet Barth. *in d. l.* 1. *num.* 50. *ff. de Vulgari,* tenendo autem ſententiam contrariam, vel loquendo in caſibus, in quibus prædicta communis limitatur, quos tradidimus *d.* §. 23. Tunc dicimus quòd dicta ſubſtitutio non perimitur per exiſtentiam Sui hæredis, quia ſi is abſtineat, prout poteſt de jure Prætorio, licèt ſemper maneat hæres directò, attamen non manet hæres vtiliter & cum effectu, quod ſufficit ad hoc vt ſit locus ſubſtituto, qui non excluditur, niſi inſtitutus effectualiter ſit hæres, *l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari*; & ita habet communis DD. ſententia, quam poſt alios refert, & ſequitur Trentacinq. *d. cap.* 18. *num.* 11. *verſ. Secundus caſus,* & Fuſar. *d. q.* 55. *num.* 1.

Tertius caſus eſt, quando Vulgaris voluntaria eſt tacita, ideſt, tacitè comprehenſa ſub expreſſa Pupillari. Et in hoc caſu non tollitur per exiſtentiam Suitatis. Sic Barth. *in d. l.* 1. *num.* 50. *ff. de Vulgari, & in l. Si mater,* §. 1. *ff. eod.* quem vtiobique alij communiter ſequuntur, Bald. *in l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Guilliel Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, num* 132. *de Teſtam.* Barth. de Hucio *tract. de Subſtit. cap.* 1. *num.* 23. Bald. de Vbald. *eod. tract. tit. de Vulgari, num.* 35. Trentacinq. *d. cap.* 18. *fine,* & cum alijs Fuſar. *d. q.* 55. *num.* 2. Probatur, quia exiſtentia Sui hæredis confirmat tabulas pupillares, in quibus tacita Vulgaris continetur, *d. l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari, l. Filius, & l. Si pupillus, ff. de Acquir. hæred.* 411

§. 26. Ex-

§. 26. *Expediuntur aliæ quæſtiones circa eandem materiam.*

SUMMARIUM.

VTrum ſi filius à primo gradu præteritus, & à ſecundo exhæredatus, approbauit primum gradum, ceſſet in tali caſu ſecundus gradus, nempe ſubſtitutio, & ſic ſubſtitutus ab inſtituto excludatur? numer. 412. & 414. cum ſeqq.

Quando inſtitutus ſolùm poteſt venire de jure Prætorio, petendo bonorum poſſeſſionem, ſi jus ad talem poſſeſſionem petendam habuit originem viuo teſtatore, tunc inſtitutus præfertur ſubſtituto, illumque excludit, petendo poſſeſſionem bonorum; num. 413. Secùs autem ſi jus ad illam poſſeſſionem nõ incæpit viuo teſtatore, vt in caſu, quo filius â primo gradu eſt præteritus; num. 414. & ſeqq. Id verò declara, & intellige, prout num. 417. & ſeqq.

Vtrum ſubſtitutus admittatur, quando inſtitutus poſt aditam hæreditatem non paret voluntati defuncti? Reſpond. affirmatiuè; numer. 421. Quid quando ipſe teſtator indixit inſtituto pænam priuationis hæreditatis, ſi ibi non pareret? num. 422.

Quando non ex diſpoſitione teſtatoris, ſed ex diſpoſitione legis, aliquis repellitur à ſucceſſione, fauore alterius, illi alteri applicatur hæreditas, ſeu ejus commodum; ibid.

Voluntas teſtatoris reſpiciens commodum alterius perducitur ad effectum jure actionis: reſpiciens autem ſolam auctoritatem teſtatoris, officio judicis; d. num. 422. fine.

Vtrum tacita Vulgaris comprehenſa ſub expreſſa Pupillari expiret pubertate inſtituti? Diſtingue quatuor caſus, prout num. 423. & ſeqq.

Quando Pupillaris expreſſa facta eſt abſque præfinitione temporis, non expirat tacita Vulgaris pubertate inſtituti; d. num. 423. Et idem eſt quando Pupillaris expreſſa facta eſt in longius tempus, quàm ætatis Pupillaris; numer. 424. Quid, ſi facta ſit cum præfinitione temporis ante pubertatem; vt, ſi inſtitutus decedat in pupillari ætate? Prima ſententia affirmat, expirare tunc dictam Vulgarem tacitam, perueniente inſtituto ad pubertatem: & ponuntur, atque excluduntur ejus fundamenta; numer. 425. & ſeqq. Secunda ſententia negat; eaque magis probatur; num. 428. & ſeqq Quid denique ſi Pupillaris ſit facta cum reſtrictione ad breuius tempus, quàm ætatis pupillaris? num. 431. & ſeqq.

Vtrum per emancipationem filij expiret tacita Vulgaris, ſicut expirat Pupillaris expreſſa, in qua illa continetur? Prima ſententia affirmat, & quibus fundamentis? num. 433. & ſeqq. Secunda verò probabiliùs negat: & ponuntur ejus fundamenta; num. 436.

Quando pater fuit coactus emancipare filium, non expirat tacita Vulgaris per talem emancipationem, etiam retentâ primâ ſententiâ ſuperiùs traditâ, quæ in tali caſu limitatur; num. 437.

Quid, quando filius egreditur patriam poteſtatem alio modo, quàm per emancipationem? Dic ſicut quando per emancipationem; num. 438.

Vtrum cõditio, Si ſine liberis decedat, *ſub intelligatur in Vulgari ſubſtitutione filio facta? Reſpondetur negatiuè, præterquam ſi agatur de Vulgari comprehenſa verbis generalibus in Compendioſa; num. 439.*

Quando Vulgaris ſubſtitutio expirat aditione hæreditatis, non conuertitur in Fideicommiſſariam, nec vt talis ſuſtinetur, etiamſi in teſtamento adhibita fuerit clauſula codicillaris; num. 440.

QUarta quæſtio in ordine eſt, ſi filius 412
à primo gradu prçteritus, & à ſecundo exhæredatus, approbauit primum gradum volens vt ex eo poſsit inſtitutus petere bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas, prout de jure Prætorio conceditur, *l. Filio præterito, in fine, ff.*

ff. de Injuſto rup. & irrit. teſtam. an in tali caſu ceſſet ſecundus gradus, ideſt, ſubſtitutio, & ſic ſubſtitutus ab inſtituto excludatur, nihil obſtante quòd ſubſtitutus veniat de jure Ciuili? Quæ quæſtio in terminis magis generalibus proponi ſolet ſic; Vtrùm quando inſtitutus ſolùm poteſt venire de jure Prætorio, petendo bonorum poſſeſsionem, excludatur ſubſtitutus quanuis veniens de jure Ciuili? & ſumendo illam in his terminis, duo caſus in ea diſtinguuntur. Primus eſt, quando jus petendæ bonorum poſſeſsionis habet originem viuo teſtatore, vt quando inſtitutio facta eſt ſub conditione, quæ jure Prætorio rejicitur vt turpis, juxta *l. Facta, §. Si ſub conditione, verſ. Quod ſi, ff. Ad Trebel.* de qua *ſupra num.* 407. locuti ſumus, vel quando præteritus eſt poſthumus, qui natus mortuus fuit viuente patre teſtatore, juxta *l. Poſthumus, in princip. ff. de Injuſto rup. & irrit. teſtament.* Secundus eſt, quando jus petendæ poſſeſsionis bonorum conſurgit poſt mortem teſtatoris, ſumente tunc vires teſtamento de jure Prætorio, vt quando filius præteritus in teſtamento patris conſentit in tale teſtamentum, patre jam defuncto, juxta *d. l. Filio præterito, ff. de Injuſto rupt teſtam.* Si ergo loquamur in primo caſu, reſolutio eſt, ſubſtitutum excludi ab inſtituto bonorum poſſeſsionem petente; econtra verò in ſecundo caſu. Ita diſtinguunt, ac reſoluunt Barth. *in l. 1. numer. 51. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Socin. Imola, Iaſon, Ripa, & alij communiter, Angel. *in l. fin. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Bald. de Vbal. *tract. de Subſtit. tit. de Vulgari, num.* 37. Barth. de Hucio *tract. etiam. de Subſtit. cap. 1. num.* 24. & 25. & Trentacinq. affirmans eſſe communẽ, & receptam ſcribentiũ ſententiam *tract. de Subſtit. p. 1. cap. 17. num. 2. & 4.*

413 Prior pars traditæ reſolutionis, quòd ſcilicet in primo caſu excludatur ſubſtitutus, probatur facilè; quia in conditione Vulgaris ſubſtitutionis, *Si inſtitutus hæres, non erit*, nomine, *Hæredis*, venit etiam bonorum poſſeſſor, vt probauimus, *§. 4. num. 92.* & tenent communiter DD. per text. *in l. In conditionibus, 19. §. Si patronus, ff. de Condit. & demonſtr.* ſed in dicto primo caſu inſtitutus habet jus petendi bonorum poſſeſsionem, illamq; poteſt petere ſtatim poſt mortem teſtatoris, cùm illo adhuc viuo originem habehet: ergo ſi illam petat, ceſſat conditio ſubſtitutionis, & conſequenter excluditur ſubſtitutus, perinde ac ſi veniret de jure Ciuili, & hæreditatem adiret.

Alia pars, quod ſcilicet in ſecundo caſu præferatur ſubſtitutus, probatur ea ratione, quia in dicto caſu gradus inſtitutionis a quo filius eſt præteritus, reperitur ipſo jure irritus tempore mortis teſtatoris, & ſic vbi teſtator mortuus eſt, habet locum gradus ſubſtitutionis, ſtatimque admittitur ſubſtitutus, cui filius præteritus approbando poſtea primum gradum præjudicare non poteſt; cùm ſubſtitutus jam habeat jus quæſitum, quo per illam approbationem priuari nequit, juxta *l. Id quod noſtrum, ff. de Regul. jur.* & facit text. cum ibi not. per Bart. *in l. Si poſt mortem, in fine, ff. de Bonor. poſſeſſ. contra tabul.* Dices, hoc fundamento probari ſolùm, quòd dicta approbatio non poteſt nocere ſubſtituto poſtquam hæreditatem ex ſubſtitutione adiuit: ſecus autẽ antequam adiret, cùm ante aditionem nõ fuerit illi jus quæſitum. Reſpondeo negando aſſumptum cum Trentacinq. *ſupra, num. 9.* & alijs, quos refert, nam licèt non fuerit ſubſtituto jus quæſitum in re, antequam adiret; at fuit quæſitum jus ad rem, quod ei non eſt auferendum, *l. fin. ff. de Pactis.* Cum enim primus gradus præteritione filij redditus ſit nullus, continuò poſt mortem teſtatoris delata eſt hæreditas ad ſecundum ex diſpoſitione juris, *l. 3. §. fin. ff. de Liber. & poſth.* & ſic habet ſubſtitutus hoc beneficium ex neceſsitate legis, proindeque etiam ante acceptationem eo priuari non poteſt, vt per not. à Barth. *in l. Abſenti, ff. de Donat.* & à Felino *in cap. In noſtra, corol. 1. de Reſcriptis.* 414

Magis videtur vrgere quod aliqui aduerſùs hanc partem objieiunt *ex l. Quandiu inſtitutus, 68. ff. de Acquir. hæred.* vbi habe- 415

habetur, quòd quandiu inſtitutus admitti poteſt, non eſt locus ſubſtituto. Vnde cùm filio præterito conceſſum ſit, quòd poſſit approbatione ſua validare inſtitutionem, à qua fuit præteritus, & ſic facere, vt inſtitutus admittatur, conſequens eſt vt quandiu eſt ſpes, quòd ille approbabit talem inſtitutionem, & volet inſtitutum admitti, non ſit locus ſubſtituto, & ſi re ipſa talis approbatio ſequatur, ſubſtitutio extinguatur. Ad hoc tamen reſpondetur facilè, *d.l. Quandiu*, procedere, quando inſtitutio fuit valida, & dum adhuc viget, eſt ſpes quòd inſtitutus ex illa ſuccedet, non verò, quando inſtitutio reperitur irrita, vel infirmata, vt patet quando inſtitutus eſt Minor, & repudiauit hæreditatem; in quo euentu, cùm inſtitutio per repudiationem infirmata ſit, ſtatim fit locus ſubſtituto, licèt adhuc per reſtitutionem in integrum poſſit inſtitutus admitti, vt eſt communis DD. ſententia, quam tradidimus, *§.5. numer.96.* Hinc autem non dicas, quòd ſimiliter in noſtro caſu ſequuta approbatione filij præteriti, admittetur inſtitutus, quanuis interim dum inſtitutio approbata non fuit, admiſſus fuerit ſubſtitutus. Eſt enim diuerſa ratio in reſtitutione in integrum, cujus ea eſt virtus, vt omnia reponat in priſtinum ſtatum, *l. Quod ſi Minor, §. Reſtitutio, ff. de Minor. l. Non videtur, C. de In integr. reſtit. cum ſimil.* Talis autem virtus dictæ approbationi filij præteriti conceſſa non eſt.

416 Adhuc tamen oppones; quanuis ſubſtitutus ſtatim à morte teſtatoris admiſſus ſit, eoquod inſtitutio reperitur nulla ex cauſa præteritionis filij, adhuc nihilominus, ſi filius ipſam inſtitutionem dicat nullam, volendo ſuccedere contra tabulas, ſubſtitutus excluditur: ergò à fortiori, ſi ipſam inſtitutionem approbet ſubſtitutus excludetur, & ſuccedet inſtitutus ſecundùm tabulas, & juxta voluntatem defuncti, à quo primo loco vocatus eſt. Reſpondetur negando conſequentiam; nam quando filius dicit nullam illam inſtitutionem, id facit ad ſuum commodum, & ad propulſandam injuriam præteritionis: quando autem inſtitutionem approbat, id facit ad commodum alterius, nempe inſtituti: & ſic non mirum, quòd dicendo nullam inſtitutionem ſubſtitutum excludat: non ita verò approbando illam.

Aduerte præfatam doctrinam procedere in communi ſententia quæ tenet, teſtamentum, in quo filius eſt præteritus eſſe ipſo jure nullum, itaut non requiratur vlla filij declaratio, aut petitio, vt debeat cenſeri ſimpliciter irritum: quam ſententiam inculcauimus, *diſp. præced. ſect. 4. §.2 num.75.* & tanquam veriorem ſequitur Trentacinq. *d.cap.19 n.4 ad fin.* vbi pro ea refert Gloſ. *in §. Sunt autem, verb. Contra tabulas, Inſtit. de Bonor. poſſeſ.* & Gloſ. *in l. fin. verb. Petita, C. de Bonor poſſeſ. contra tabul.* & Gloſ. *in l. Si ita ſcriptum, § fin. in Gloſ. fin ff. de Liber. & poſth.* aliaſq; Gloſſas, & DD. quibus plures ſuo loco addemus. Si autem ſequamur aliam opinionem quę tenet, teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, ita demum irritum eſſe, ſi filius illud dicat nullum, prout etiam docent multę Gloſſæ, vt Gloſ. *in d.l. Filio præterito, Gloſ. in l. Scimus, in princ. verb. Ipſo jure, C. de Inoffic. teſtam. Gloſ. in l. Si duo, ff. de Legat. præſtan.* & aliæ multæ apud Trentac. vbi ſup. & non pauci DD. quos refert Tiraq. *in l. Si vnquam, verb. Reuertatur, n.13. C. de Reuocan. donat.* tunc fatendū eſt, inſtitutum debere admitti, ſubſtituto excluſo, ſi filius non dicat teſtamentum nullum. 417

Aduerte vlteriùs, prædictam doctrinam ſolùm procedere in caſu quo filius à primo gradu præteritus, à ſecundo eſt exhæredatus, nam ſi etiam à ſecundo fuit præteritus, nullum jus quæritur ſubſtituto, *vt per l.3. §. fin ff. de Liber. & poſth.* tenent communiter DD. teſte Trentacinq. *d.cap.19.n.6.* & ratio eſt, quia quando filius etiam à ſecundo gradu eſt præteritus, irritus etiam eſt talis gradus, & ſic nullum jus inde quæritur ſubſtituto. 418

Declaratur præterea eadem reſolutio, quòd non procedit, quando filius præteritus approbat teſtamentum in vita patris: nam tunc præfertur inſtitutus, vt poſt Ripa, *in l. 1. num.214. ff. de Vulgari,* 419

N tra-

tradit benè Trentacinq. *ubi ſupra, num.* 7. quia dum teſtator viuit nullum jus acquiretur ſubſtituto, cùm circa acquiſitionem hæreditatis tempus mortis inſpiciatur, *l. Si alienum, §. In extraneis, ff. de Hæred. inſtit.* quando autem teſtator moritur, jam per antecedentem filij approbationem, redditum eſt teſtamentum validum, *d. l. Filio præterito, ff. de Injuſto, rupt. teſt.* ergo ex illo admittitur inſtitutus, & ſic non ſuccedit ſubſtitutus.

420 Declaratur tandem, quòd præfata reſolutio non procedit, quando inſtitutus eſſet rogatus reſtituere hæreditatem filio præterito; quòd tunc poſſet filius approbare inſtitutionem in præjudicium ſubſtituti, ad hoc vt ipſe filius conſequi poſſit fideicommiſſum. Ita poſt Angel. & alios declarat Socin *in d. l. 1. ſub num. 55. verſ. Secundo poteſt, ff. de Vulgari,* ſed hanc declarationem impugnant Ripa *in d. l. 1. n. 255.* Polit. *tract. de Subſtit. tit. de Vulgari, partic. 3. q. 32. n. 73.* & Trentac. *d. cap. 19. num. 7.* quos vide, ſi placet.

421 Quinta quæſtio eſt, vtrùm ſubſtitutus admittatur, quando inſtitutus poſt aditam hæreditatem non paret voluntati defuncti? Reſpondetur, ſi inſtitutus, à judice admonitus ſit negligens per annum implere voluntatem defuncti, admitti ſubſtitutum, præſtita cautione de implenda teſtatoris voluntate. Ita expreſſè habetur *in Auth. Hoc ampliùs, Cod. de Fideicommiſſis, & in corpore vnde ſumpta eſt;* & ſic tenent omnes. Aduertit autem Polit. *d. partic. 3. quæſt. 37. ſub numer. 78.* licèt in hoc caſu ſubſtitutus admittatur; attamen non admitti ex vi ſubſtitutionis Vulgaris, ſed ex beneficio illius Authent. Quod inde colligit, quia etiam admittuntur legatarij; & fideicommiſſarij, non tantùm vniuerſales, ſed etiam ſpeciales, & alij tandem, de quibus *in d. Auth.* Hæc tamen conſideratio parum videtur habere vtilitatis; nam cùm conſtet ſubſtitutum admitti, quid refert, vtrũ hac, vel illa ratione?

422 Vtiliùs monet Peregrin. *tract. de Fideicommiſſis, art. 11. numer. 133.* quando teſtator non indixit pœnam priuationis hęredi pręceptum ejus non implenti, tunc ex legis auctoritate hæredem monitum à judice exauthorari *per dict. Auth. Hoc ampliùs,* ſi verò teſtator eam pęnam illi indixit, tunc quidem priuari hæreditate ab ipſo teſtatore: at in tali etiam caſu hæreditatem applicari ſubſtitutis, aut cohæredibus, ſi illos habet; ſin autem, venientibus ab inteſtato, licèt teſtator illum priuarit in pęnam moleſtiæ alteri illatæ, vt ſi vxorem moleſtaret: quæ ſententia eſt Bartholi, & Imolæ *in l. Si paterfamil. in fine, ff. de Hæred. inſtit. & in l. Vxorem, §. Hæres, ff. de Legat. 3. per text. in §. Præfatæ, Auth. de Nupt.* quam etiam ſequuntur Bald. *in l. 1. numer.* 43 & ibid. Jaſon. *col. 2. Cod. de His, quæ pœnæ nom.* pluresque alij apud eundem Peregrin. quòd eſt valde notandum, quia quando non ex diſpoſitione teſtatoris, ſed ex diſpoſitione legis, aliquis repellitur à ſucceſsione fauore alterius, illi alteri applicatur hæreditas, ſeu ejus commodum. Barthol. *in d. §. Hæres, per text. in l. Poſt legatum, §. Amittere, ff. de His, quæ vt indign.* & *in dict. l. 2. §. Si duo, ff. de Collat. bon.* vbi etiam id notat Barthol. qui idem tradit *in l. 2. §. Videndum, col. 2. ff. Ad Tertul.* Bald. & Caſtr. *in l. Si defunctus, Cod. de Suis, & legit.* & alij, quos refert, & ſequitur. Peregrin. *d. tract. de Fideicommiß. art. 5. numer. 14. fine, & d. art. 11. in fine,* vbi vtiliter pro praxi addit, quòd voluntas teſtatoris reſpiciens commodum alterius perducitur ad effectum jure actionis, quæ autem ſolùm pertinet ad auctoritatem ipſius teſtatoris, officio judicis, vt per *l. Quintus, ff. de Ann. legat.*

Sexta quæſtio eſt, vtrùm tacita Vulgaris cõprehenſa ſub expreſſa Pupillari expiret pubertate inſtituti, quemadmodũ ipſa Pupillaris expirat? In qua quæſtione quatuor caſus diſtingui ſolent. Primus caſus eſt, quando Pupillaris facta eſt abſq; præfinitione temporis, vt ſi teſtator dixit; *Filio meo impuberi ſubſtituo Titium:* vel; *Quiſquis mihi hæres erit, filio meo hæres eſto.* Et in hoc caſu recepta 423

DD.

DD. ſententia eſt, Vulgarem ibi comprehenſam non expirare pubertate filij. Ita Barth. *in l.* 1. *ſub numer.* 56. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *ſub num.* 43. Socin. *numer.* 60. Ripa *num.* 226. & alij Angel. *in l. In pupillari, & in l. Lex Cornelia, ff. eod.* Imola *in l. Qui habebat, ff. eodem, & in cap. Raynutius*, vbi etiam Guilliel. Bened. *in materia de Vulgari, num.* 138. *de Teſtament.* Bald. de Vbal. *tract. de Subſtitution. tit. de Vulgari, numer.* 40. Barth. de Hucio *in ſimili tract. cap.* 1. *numer.* 26. *fine*, Menchaca, *de Succeſſ. creat. lib.* 3. § 21. *numer.* 244. *& de Succeſſ. progreſ. lib.* 2. §. 11 *numer.* 46. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 6. *ſub numer.* 2. *& numer.* 11. Trentacinq. *de Subſtitution p.* 1. *cap.* 22. *numer.* 1. & cæteri communiter. Ratio eſt, quia ſi Vulgaris in caſu propoſito reſtringeretur ad tempus ante pubertatem inſtituti, id foret ob conjunctionem cum Pupillari, quæ ad illud tẽpus reſtringitur: conſtat enim, quòd talem reſtrictionem non habet ex ſua natura: at neque illam habet ob conjunctionem cum Pupillari; quia non eſt illi adjuncta acceſſoriè, & tanquam ab illa originem trahat, ſed æquè principaliter à teſtatore intenta eſt, ſic lege mentem defuncti interpretante, vt non ſemel in ſuperioribus explicuimus, & conſtat *per l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*; quando autem tacitum eſt æquè principaliter intentum, atque expreſſum, non ita pendet ab illo, vt extincto expreſſo, ipſum etiam tacitum extinguatur, aut vitietur, *l. Fidejuſſor, ff. de Leg.* 1. ergo quantumuis Pupillaris pubertate inſtituti extinguatur, non propterea extinguitur tacita Vulgaris, quæ ſub ea continetur.

424 Secundus caſus eſt, quando Pupillaris facta eſt in longius tempus, quàm pupillaris ætatis, vt ſi inſtitutus infra 25. annum deceſſerit, & in hoc etiam caſu tacita Vulgaris, non expirat pubertate, vt docent omnes proximè citati DD. & conſtat eadem ratione, qua ſuperior reſolutio; idque à fortiori, cùm teſtator vltra tempus pubertatis prouiderit, quæ prouiſio, licèt quoad Pupillarem ſit inutilis, talis tamen non eſt quoad Vulgarem ſub illa comprehenſam; cùm Vulgaris certum aliquod tempus ante, vel poſt pubertatem non poſtulet.

Tertius caſus eſt, quando Pupillaris facta eſt cum præfixione temporis ante pubertatem, vt ſi in pupillari ætate decedat. Et in hoc caſu duplex eſt ſententia. Prima tenet, tacitam etiam Vulgarem ſimul cum Pupillari in tali caſu extingui, adueniente pubertate inſtituti. Ita ſentiunt Barth. *in d. l.* 1. *ſub num.* 56. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Angel. *in l. In pupillari, ff. eod.* Aret. *in l. Qui habebat, ff. eod.* Joan. de Imola *in cap. Raynutius de Teſtament.* Alber. de Roſa *in l. Precibus, numer.* 12. *Cod de Impuber. & alijs ſubſtit.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Vulgaris, numer.* 138. Bald. de Vbal. *tract. de Subſtitut. rubr. de Vulgari numer.* 40. Barthol. de Hucio *in ſimili tract. cap.* 1. *numer.* 26. & alij, quos refert Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 67. *numer.* 4. Mouentur primò aliquibus textibus, in quibus dicta Vulgaris tacita poſt pubertatem non admittitur, vt *text. in l. Qui habebat*, juxta intellectum Bartholi, & aliorum, *ff. de Vulgari*, *& text. in l. penult. §. vltim. Cod. de Neceſſar. ſeru. hæred. inſtituen. & text. in l. fin. in vltim. verſ. ff. de Fideicommiſſar. libert.* At hi textus non vrgent: illis enim facillimè reſpondent Aduerſarij; eos procedere, quando inſtitutus hæreditatem adiuerat: nam tunc per ipſam aditionem, non verò per aduentum pubertatis dicta Vulgaris expirauerat. Ita poſt alios reſpondet Mantica, & Trentacinq. *loco infra cit.* 425

Mouentur ſecundò ex illa regula, quòd quando plura determinabilia ſub eadem verborum conceptione continentur, pariformiter determinantur *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, *& l. Si legatarius, in fine, ff. de Leg.* 3. in præſenti autem Pupillaris expreſſa, & Vulgaris tacita ſub eadem verborum conceptione continentur: ergo cùm Pupillaris deter- 426

minetur, & reſtringuatur ad tempus ante pubertatem, ita pariter cenſeri debet determinata Vulgaris, atque adeo ſicut Pupillaris pubertate expirat, ita etiam Vulgaris. Sed ad hoc etiam facilè pro contraria ſententia reſpondetur, illam regulam intelligi in determinabilibus, in quibus non apparet diuerſa ratio: in Vulgari autem eſt ratio longè diuerſa, atque in Pupillari, cùm hæc ſuapte natura vendicet tempus pupillaris ætatis, nec vltra illum poſſit excurrere, etiam de voluntate teſtatoris; ſecus autem Vulgaris.

427 Mouentur tertiò, & vltimo ex illa alia regula, quòd vitiato expreſſo vitiatur etiam tacitum, *l. 3. §. Et habet, ff. de Seruit. ruſt. præd.* ſed Pupillaris expreſſa vitiatur, & perit pubertate instituti; ergo etiam tacita Vulgaris, quæ ſub illa comprehenditur, ſimul perire debet. At hoc argumentum ſæpius excluſum eſt: cùm illa regula procedat, quando tacitum venit acceſſoriè ad expreſſum, non verò quando eſt æquè principaliter intentum, vt per *l. Fidejuſſor, ff. de Leg. 1.* tacita autem Vulgaris eſt æquè principaliter intenta, atque expreſſa Pupillaris, ſub qua continetur, vt ſæpius notauimus; & patet, tum quia quælibet ex his ſubſtitutionibus ſuis regulis innititur, & in caſibus valde diuerſis locum habet: tum etiam argumento Pupillaris tacitæ ſub expreſſa Vulgari contentæ, quæ non expirat, licèt ipſa Vulgaris per aditionem extinguatur *l. 2. ad fin. ff. de Vulgari.*

428 Secunda ergo, & verior ſententia eſt, dictam Vulgarem tacitam non expirare pubertate inſtituti in caſu propoſito. Ita ſentiunt Gloſ. *in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari*, vbi etiam Imola, & Cuman. *numer.* 12. Idem Imola *in d. l. 1. ff. de Vulgari*, & ibi Socin. ſen. *num.* 57. *ad fin.* Ripa *num.* 225. & Alciat. *numer.* 160. Salicet. *in l. Si teſtamento, numer.* 14. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Couar. *in cap. Raynutius, §. 5. numer. 5. verſ. Illud ſanè, de Teſtament.* Menchac. *de Succeſſ. creat. lib. 3. §. 21. numer.* 244. *& de Succeſſ. progreſſ. lib. 2. §. 11. numer.* 46. Mantica, *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 6. ſub numer. 2. vſque ad* 11. Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 43. *ad fin.* Trentacinq. dicens eſſe communem opinionem modernorum, *tract. de Subſtitut. p. 1. cap. 22. ſub num.* 4. & alij apud Menoch. *ſupra*, & apud Fuſar. *de Subſtitution. quæſt. 67. numer.* 5.

Probatur primò, quia expreſſio ejus, quod tacitè, ſeu ex ipſa natura rei ineſt, nihil operatur, *l. 3. ff. de Leg. 1. l. Non rectè, Cod. de Fidejuſſor.* ſed tempus pupillaris ætatis ineſt ex ipſa rei natura in Pupillari ſubſtitutione, *l. Qui liberis, in princip. & l. In pupillari, & l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari*: ergo ejus expreſſio non facit, vt eo adueniente expiret tacita Vulgaris, quæ ſi illud tempus expreſſum non eſſet minimè expiraret, vt etiam Barthol. & alij prioris ſententiæ defenſores fatentur, vt in 1. & 2. caſu vidimus. Confirmatur, nam quando exprimitur id quod ineſt ex natura rei, cenſetur exprimi demonſtratiuè, vt notat bene Ruin. *conſil. 97. num. 4 vol.* 2. igitur cùm tempus ętatis pupillaris ex natura rei inſit in Pupillari ſubſtitutione, non debet cenſeri ibi eſſe appoſitum taxatiuè, ideſt ad reſtringendam diſpoſitionem, ſed ſolùm ad demonſtrandum, quod tali ſubſtitutioni conuenit: vnde cùm non conueniat Vulgari, ſed tantùm Pupillari, ſolùm ratione iſtius debet cenſeri appoſitum, non verò vt Vulgarem reſtringeret. 429

Probatur ſecundò *ex dict. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, vbi Juriſconſultus tacitam Vulgarem æquiparat expreſſæ Vulgari, vt bene ponderat Ripa, Mantica, & Trentacinq. *loco citat.* ſed expreſſa Vulgaris non expirat adueniente pubertate inſtituti: ergo neque Vulgaris tacita. Probatur tertiò, quia quando expreſſa Vulgaris expirat, adeunte filio inſtituto hæreditatem, antequam eſſet pubes, non expirat tacita Pupillaris in illa Vulgari comprehenſa, 430

ſa, vt jam ſupra notauimus, & eſt certiſsimum, per *l.* 2. *ad fin. ff. de Vulgari*: ergo etiam quando perueniente inſtituto ad pubertatem expirat expreſſa Pupillaris, non propterea expirat tacita Vulgaris in illa Pupillari contenta; eadem enim vtrobique eſt ratio. Quarto denique probatur ex conjecturata mente defuncti, qui cùm poſt filium inſtitutum neminem habuerit chariorem, quàm ſubſtitutum, profectò ſicut ex tali affectione erga illum præſumitur, quòd quando cum ſubſtituit per Pupillarem expreſſam, voluit etiam vt per Vulgarem admitteretur, ſi filius hæres non foret, ita quoque præſumi debet voluiſſe, vt eadem Vulgaris tacita poſt filij pubertatem locum haberet, ſi filius jam pubes hæreditatem repudiaſſet: nulla enim eſt maior ratio pro caſu, quo ante, quàm quo poſt pubertatem hęres non foret.

431 Quartus caſus eſt, quando fuit præfinitum breuius tempus, quàm ætatis pupillaris, vt; *Si infra decennium deceſſerit:* & in hoc caſu communiſsima ſententia eſt, Vulgarem tacitam ſimul cum expreſſa Pupillari extingui. Ita ſentiunt omnes, quos in præcedenti caſu pro prima ſententia retulimus, licèt Barthol. & plerique alij hunc quartum caſum ſpecialiter non exprimant, ſed ſolùm dicant, quòd quando Pupillaris eſt facta cum limitatione certi temporis intra ætatem pupillarem, vtraque ſubſtitutio (ſcilicet Pupillaris, & tacita Vulgaris) ſimul expirant: ita etiam ex ijs, qui in dicto caſu præcedenti ſecundam ſententiam ſequuntur, tenet Trentacinq. *d. cap.* 22. *ſub num.* 4. *verſ. Quartus & vltimus caſus*, vbi teſtatur hanc eſſe communem opinionem, & contrariam prorſus rejicit. Adducitur pro hac opinione text. *in l. Si ita quis*, 21. *& in l. Qui plures liberos*, 38. *& in l. Ex facto*, 43. *ff. de Vulgari.* Sed in his textibus ſolùm habetur, quòd Pupillaris poteſt fieri cum reſtrictione ad breuius tempus, quàm ætatis Pupillaris, & quòd finito eo tempore expirat: & ſic nihil probant circa tacitam Vulgarem. Adducitur etiam ea ratio, quia teſtator reſtringendo prouiſionem ad certum tempus, videtur poſt tale tempus prohibuiſſe, præſertim quando determinatio illius certi temporis non ineſt ex natura rei, ſed fit voluntariè, vt in præſenti. Sed neque hæc ratio eſt efficax, nam ſolùm probat, quòd Pupillaris vltra tempus à teſtatore determinatum non porrigitur; cùm verba illa, *Si infra decennium deceſſerit*, non conueniant Vulgari ſubſtitutioni, ſed tantùm Pupillari, quæ ſola reſpicit tempus mortis.

Quare verior apparet contraria ſententia, quòd etiam in hoc vltimo caſu tacita Vulgaris non expirat ſimul cum Pupillari, neque per aduenientem pubertatem inſtituti. Quam ſententiam tenet expreſſè Menchaca *de Succeſſ. creat. lib.* 3. *§.* 21. *num.* 244. *ad fin.* & videtur etiam tenere Mantica cum alijs, quos refert *d. tit.* 6. *ſub num.* 2. *verſ. De ſecundo, & numer.* 11. quatenus propoſito caſu, quo Pupillaris ſubſtitutio fuit reſtricta ad tempus pupillaris ętatis, vel infra tempus pubertatis, abſolutè recedit à ſententia Bartholi, & tenet quòd in tali caſu tacita Vulgaris non finitur pubertate. Probatur hæc opinio rationibus adductis *num.* 430. quibus in ſuperiore caſu ſecunda ſententia probata eſt: ſatis etiam confirmatur ex dictis contra fundamenta communis ſententiæ, quę *num. præced.* adducta, & confutata ſunt. 432

Septima quæſtio eſt, vtrùm per emancipationem filij expiret tacita. Vulgaris, ſicut expirat Pupillaris expreſſa, in qua illa continetur? Reſpondent affirmatiuè Barthol. *in l.* 1. *numer.* 55. *ff. de Vulgari*, & ibi Iaſ. *numer.* 59. Ripa *numer.* 222. qui alios refert, Bald. de Ubald. *tract. de Subſtitut. rubr. de Vulgari numer.* 38. Barth. de Hucio *in ſimili tractat. cap.* 1. *numer.* 26. Paul. Caſtr. *in l. Cohæredi*, *§. Cum filio, ff. de Vulgari*, Fuſar. plures referens, *tractat. de Subſtitution. quæſt.* 66. *numer.* 1. & alij; quam opinionem communem eſſe teſtatur Alciat. *in dict. l.* 1. *numer.* 92. licèt eam non ſequatur. Præcipua 433

 ejus

ejus fundamenta ſunt: Primum, quia Pupillaris intelligitur facta ſub conditione, *Si filius in poteſtate permanſerit*: ergo ſicut ex defectu hujus conditionis vitiatur expreſſa Pupillaris, ita etiam vitiatur tacita Vulgaris, argum. *l. Mulieri, & Titio, ff. de Condit. & demonſtr.* Sed hoc facilè ſoluitur, negando conſequentiam, quæ non bene probatur per *d. l. Mulieri*, quia in ea lege relictum fuit duplex legatum ejuſdem rationis, ſub expreſſa conditione voluntaria, quæ vtrumque pariformiter afficiebat; vnde non mirum quòd defectus talis conditionis vtrumque vitiaret, juxta voluntatem teſtatoris: at in noſtro caſu, conditio, *Si filius in poteſtate permanſerit*, conuenit tantùm ſubſtitutioni Pupillari, cui ineſt tacitè ſeu ex neceſſitate, non verò Vulgari; & ideo ejus defectus ſolam Pupillarem vitiat.

434 Secundùm, quia quando duo determinabilia ſub eadem verborum conceptione continentur, pariformiter debent determinari, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*: ergo cùm dicta Vulgaris tacita contineatur ſub conceptione Pupillaris expreſſæ, vtraque debet per dictam conditionem pariformiter determinari. At hoc fundamentum jam ſupra *num.* 426. excluſum eſt, ex eo quòd illa pariformis determinatio ſolùm habeat locum in determinabilibus ejuſdem rationis: dictæ autem ſubſtitutiones magnam inter ſe habeant diuerſitatem.

435 Tertium denique, quia tacita Vulgaris inducta eſt ex præſumptione, qua lex præſumit, quòd ſi teſtator cogitaret, vulgariter etiam ſubſtitueret, & non tantùm pupillariter: hæc autem præſumptio ceſſat, quando pater filium emancipando Pupillarem ſubſtitutionem illi factam extinguit; ſiquidem tunc non poteſt non aduertere, ſubſtitutum non poſſe ſuccedere ex Pupillari: vnde ſi in tali caſu expreſsè non prouidet de Vulgari, ſibi debet imputare, quòd ea locum non habeat, argum. *l. Tractabatur, ff. de Milit. teſtament.* Cęterùm hoc etiam fundamentũ jam in caſu ſimili excluſum eſt *§. 21. numer. 345. & ſeq.* & in ſpecie bene illi reſpondent Mantica, & Trentacinq. *loco infra citat.* vbi alias etiam præfatæ ſententiæ probationes adducunt, ac diſſoluunt, quas omitto, quia nullius ferè ſunt momenti.

Alij ergo longè probabiliùs negant extingui tacitam Vulgarem per emancipationem filij. Ita Bald. *in l. vltim. num. 9. Cod. de Inſtitut. & ſubſtitut.* Alex. *in c. Raynutius, numer.* 83. *de Teſtam.* & ibi Guilhel. Bened. *in materia Vulgaris, numer.* 137. *fine*, Alex. *d. l.* 1. *num.* 42. *ff. de Vulgari*, & ibi Alciat. *num.* 92. *quæſt. fin. & num.* 158. *&* 159. & Socin. ſen. *num.* 59. Menchaca *de Succeſſ. creat. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 143. *& de Succeſſ. progreſ. lib.* 2. *§.* 11 *num.* 40. Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib.* 5. *tit.* 6. *num.* 20. *fine*, & Trentac. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 21. Probatur facilè hæc ſententia, primò, quia quando tacitum æquè principaliter intenditur atque expreſſum, non vitiatur ex eo quòd vitietur expreſſum, *l.* 1. *§.* 1. *ff. Quibus mod. pign. vel hypoth. ſoluat*, *l. Si fidejuſſor, in princip.* & ibi Barth. *ff. de Leg.* 1. Vulgaris autem tacita æquè principaliter intenta eſt à teſtatore atque Pupillaris expreſſa, vt ſatis conſtat per *d. l. Iam hoc jure*, probatumque eſt *ſupra, num.* 427. alijſq; in locis, neque Barth. id negat. Secundò, quia ſi Pupillaris ſubſtitutio fiat filio emancipato, licèt ſit inutilis, *l.* 2. *in princ. ff. de Vulgari*, attamen continet tacitam Vulgarem, quæ ſuſtinetur, vt etiam ipſe Barth. admittit *in d. l.* 1. *num.* 57. pluresque alij pro priore ſententia adducti: ergo à fortiori debet ſuſtineri in præſenti caſu, quo Pupillaris à principio valuit: nõ enim peruenit ad caſum, à quo incipere non potuerit. Tertiò denique, quia quandò filius, cui Pupillaris ſubſtitutio facta eſt, viuo patre deceſsit, licèt pereat Pupillaris, non tamen perit tacita Vulgaris ſub ea contenta, neque quoad eam cenſetur pater mutaſſe priorem voluntatem, licèt potuerit ſibi prouidere condendo nouum teſtamentũ, vt contra Barth. probauimus cum multis alijs *§.* 21. *num.* 343. ergo ſimiliter licèt per emancipationem filij pereat Pupillaris, non tamen perit tacita

cita Vulgaris, neque quoad eam præſumitur, quòd pater priorem voluntatem reuocauit.

Hæc ſententia multò magis procedit, 437 quando pater fuit coactus filium emancipare, vt in caſibus adductis per Gloſ. *in §. vltim Inſt. Quibus modis jus patr. ſol. & in l. Nec auus, Cod. de Emancipat. liber.* Nam quemadmodum alienatio rei legatæ facta ex neceſsitate non inducit præſumptionem mutatæ voluntatis circa legatum, *l. Fideicommiſſa, §. Si rem, ff. de Leg.3. l. Rem legatam, ff. de Adim. leg.* Ita etiam emancipatio coacta illam inducere non debet. Unde in hoc caſu, etiam qui priorem ſententiam ſequuntur, illam cenſent limitandam, vt videre eſt apud Fuſar. *d.q.66.num.3.*

438 Hic etiam aduerte, quòd quando filius alio quouis modo patriam poteſtatem egreditur, idem prorſus dicendum eſt quoad tacitam Vulgarem, atque quando filius fit ſui juris per emancipationem; cùm eadem ſit ratio, vt aduertit poſt alios Fuſar. *vbi ſupra, num 6.*

Octaua quæſtio eſt, vtrum Vulgaris 439 ſubſtitutio expiret, ſi filius inſtitutus cum liberis decedat, ſeu, quòd in idem recidit, vtrum conditio, *Si ſine liberis decedat*, ſubintelligatur in Vulgari ſubſtitutione filio facta? Communiſsima, & vera reſolutio eſt negatiua, quam, innumeris relatis, tradunt Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.10. tit. 8. num. 1.* Menoch. *de Præſumpt. lib.4. præſumpt.89. num.* 127. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 58. Ratio eſt, quia quod d. conditio, *Si ſine liberis*, ſubintelligatur in Vulgari ſubſtitutione, nullo jure reperitur expreſſum: nec in ea militat ratio, ob quam illa conditio locum habet in Fideicommiſſaria, vt bene expendit, ac declarat Mantica *loco citato* quem videas. Vtrum verò id procedat in Vulgari comprehenſa in Compendioſa? Pertinet ad materiam Compendioſæ, de qua infra. Communis autem ſententia eſt, non procedere in ea Vulgari, quando ſolùm generaliter in Compendioſa includitur, vt quando teſtator dicit, ſe ſubſtituere filio, quandocumque ille deceſſerit, non addendo, quòd ſubſtituit per Vulgarem, & Fideicommiſſariam: ſecus autem ſi id addat, vt dicendo, *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſubſtituo illi Titium vulgariter, & pupillariter.* Qua de re videndus Mantica *d. tit.8. numer.3.* Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap. 7. numer.8.* Fuſar. *de Subſtitut. q.*252.

Nona, & vltima quæſtio eſt, vtrum quando Vulgaris ſubſtitutio, quæ à principio fuit valida, extinguitur aditione hæreditatis, conuertatur in Fideicommiſſariam, & vt talis ſuſtineri debeat? 440 Reſpondetur negatiuè, ex omnium ſenſu, quos hactenus legi: ex quibus nullus ne in dubium quidem id vertit, niſi fortè in caſu, quo adhibita eſt à teſtatore clauſula Codicillaris. Sed neque in tali caſu, inquit Mantica *lib. 5. de Conjectur. vlt. vol. tit. 2. in fine, in nouiſsima editione*, ſapiens aliquis dixerit illam Vulgarem verti in Fideicommiſſariam, per clauſulam Codicillarem. Quam reſolutionem latiùs, & pluribus citatis DD. tradidi, & probaui ſupra, *diſp.2. ſect.10 §.14 num. 613. & ſeqq.* quare non oportet hic ampliùs circa eam immorari. Et hæc ſatis pro ſubſtitutione Vulgari.

SECTIO III.

De Pupillari ſubſtitutione.

Sequitur dicendum de Pupillari ſubſtitutione, quæ poſt Vulgarem primũ ſemper obtinuit locum, tam in corpore Iuris, quàm in tractatibus Doctorũ. Atquè vt commodiori etiam doctrinæ conſulamus, hoc ordine procedendum eſt. In primis trademus, Quid, & quotuplex ſit Pupillaris ſubſtitutio? Vnde dicta? Quo jure, & quamobrem fuerit introducta? Deinde quibus verbis fiat, aut facta eſſe intelligatur? Mox, cui & à quo fieri poſsit? Vbi de requiſitis tam ex parte ejus, cui ſubſtituitur, quàm ex parte ſubſtituentis. Tunc, quos habeat effectus? Tandem quando expiret, ſeu finiatur? Singula excutiamus.

§. 1. Quid, & quotuplex ſit Pupillaris ſubſtitutio? Vnde dicta? quo jure, & quam ob cauſam fuerit introducta?

SUMMARIUM.

Pupillaris ſubſtitutionis definitio, numer. 441.

Diuiditur Pupillaris ſubſtitutio in Expreſſam, Tacitam, & Miſtam. Expreſſa deinde in expreſſam verbis ſpecialibus, & expreſſam verbis generalibus; & quomodo hæ duæ ſpecies ſe habeant? num. 442.

Subſtitutio Reciproca impuberibus facta continet Pupillarem expreſſam verbis generalibus, ſi facta ſit ſimpliciter, his verbis: Eos adinuicem ſubſtituo; *eod. num.* 442. *Et in tali caſu excludit matrem pupilli; ſecùs autem, quando teſtator diceret;* Et ſiquis eorum hæres non erit, eos adinuicem ſubſtituo; *numer.* 443.

Quæ ſit Pupillaris Tacita, & quo fundamento in Vulgari expreſſa contineri cenſeatur? num. 444.

Pupillaris Tacita, quæ non ſola legis auctoritate, ſed ex conjecturis ſecluſa verborum ſignificatione, colligitur, matrem pupilli non excludit; num. 445.

Pupillaris Miſta, ideſt, partim expreſſa, & partim tacita non videtur poſſe admitti quoad caſus, ideſt, quod ſit expreſſa in vnum caſum, & tacita in alium; num. 446.

Quando teſtator diceret, Si filius meus hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo ei Titium: *talis ſubſtitutio comprehendit etiam caſum, quo pupillus, non adita hæreditate patris, ante pubertatem decedat: & an dicenda ſit tacita in talem caſum? num.* 447. *& ſeq.*

Pupillaris ſubſtitutio moribus Lacedæmoniorum introducta fuit: num. 450. *Et vtrùm hodie dicenda ſit de jure cõſuetudinario, vel potiùs de jure Ciuili ſcripto, eoquod eam Romani vſurpauerint, & in ſcriptis redegerint, peculiaremque formam, ac modum ei tribuerint? num.* 451.

Pupillaris ſubſtitutio introducta eſt in fauorem pupillorum, ne abſque teſtamento decederent; num. 452.

Vtrum Pupillaris ſubſtitutio ita diſtinguatur à teſtamento principali, vt cenſenda ſint duo teſtamenta, alterum patris, alterum filij, vel ſimpliciter vnum teſtamentum patris? num. 453.

Vtrum quando pupillus decedit abſque Pupillari ſubſtitutione, dicẽdus ſit mori inteſtatus? ibid. remiſſiuè.

Quinque hic proponuntur quæſtiones. Quod attinet ad primam 441 quid ſit? Satisfactum eſt jam *in prima ſectione hujus diſp. num.* 11. vbi, miſſis alijs hujus ſubſtitutionis definitionibus, ſic eam definiuimus, ſeu deſcripſimus cum Mol. *diſp.* 182. *num.* 10. *Eſt ſubſtitutio directa, qua teſtator libero impuberi in poteſtate ipſius conſtituto, neque per mortem ejuſdem teſtatoris in alterius poteſtatem recaſuro, hæredem inſtituit, qui ipſi impuberi ſuccedat.*

Ad ſecundam quæſtionem, quotuplex 442 ſit hæc ſubſtitutio? Reſpondetur eſſe triplicem, nimirum, Expreſſam, Tacitam, & Miſtam, ideſt partim expreſſam, & partim tacitam. Hanc partitionem ferè omnes admittunt poſt Barth. *in l.* 2. *in princip. num.* 26. *ff. de Vulgari*, eſtque ſatis vtilis, vt ex dicendis conſtabit. Porro expreſſa ſubdiuiditur in expreſſã verbis ſpecialibus, ideſt, quibus propria, & ſpecifica forma Pupillaris ſubſtitutionis exprimitur: vt quando teſtator ita dixerit; *Si filius meus intra pupillarem ætatem deceſſerit, ſit ei hæres Titius*, vel, *ſubſtituo ei Titium*, & in expreſſam verbis generalibus, ideſt, quibus ſolum in genere ſubſtitutio hæc denotatur: vt quando inſtitutis duobus filijs impuberibus, teſtator ſimpliciter diceret; *Eos adinuicem ſubſtituo.* In quo euentu, licèt deficiant verba ſpecialiter denotantia Pupillarem ſubſtitutionem, ſatis tamen eſt, quòd exprimant genus ſub quo illa continetur, ad hoc

hoc vt ea cenſeatur expreſſa, & non ſimpliciter tacita, quamuis non ex ſolis ipſis verbis, ſed ex ſubintellecta mente teſtatoris ibi contineri cenſeatur, vt optimè poſt alios declarat Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib. 5. tit. 13. num. 2.* & ita quod Pupillaris, quæ ſub dictis verbis generalibus in Reciproca continetur, cenſeatur expreſſa, deciſum eſt in *Ordinat. Luſit. lib. 4. tit. 87. §. 6. in fine*, tenetque communis DD. ſententia.

443 Quæ reſolutio non ſpectat ad ſolam quæſtionem de vocabulo; nam ex eo quòd dicta Pupillaris cenſeatur expreſſa, & non ſimpliciter tacita, habet vim excludendi matrem pupilli ab ejus ſucceſſione, vt per *l. Precibus*, & ibi Gloſ. communiter receptam, *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* bene docet Mantica *loco cit.* qui tamen rectè admonet, intelligi debere, quòd Pupillaris comprehenſa in Reciproca excludat matrem pupilli, quando ſimpliciter facta eſt ſupra dictis verbis; *Eos inuicem ſubſtituo*: ſecus autem quando teſtator dixerit; *Et ſi quis eorum hæres non erit, eos adinuicem ſubſtituo*; nam tunc eſt Vulgaris expreſſa facta reciprocè, quæ continet Pupillarem omnino tacitam, & ſic pupilli mater non excluditur, vt aduertit Barth. *in l. Lucius. num. 7. ff. de Vulgari*, cujus dictum valde commendat Imola *ibid. num. 7.* & ſingulariter adnotauit Seuer. *in d. l. Precibus, numer. 13. in fine*, dicens hoc à paucis animaduerti. Unde addit Mantica, *ſupra*, idem pari ratione recipiendum eſſe, ſi teſtator dixerit; *Quandocumque filius meus hæres non erit, Titius hæres eſto:* quia exprimitur forma ſubſtitutionis Vulgaris; & ſubſtitutio Pupillaris, quæ ibi continetur, ne in genere quidem exprimitur, ſed ex ſola conjectura legis contra ſignificationem verborum ſubintelligitur, & ſic manet omnino tacita, proindeque matrem pupilli non debet excludere, *d. l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut. & l. vltim. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.*

444 Et hinc conſtat de ſecunda ſpecie, in quam Pupillaris diuiditur, ideſt, de Pupillari tacita, quæ nam ſit? Eſt enim illa, quæ non ex verbis, ſed ex mente teſtatoris per ſolam legis interpretationem colligitur: & hæc eſt, quæ in expreſſa Vulgari continetur, vt per *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & l. Quamuis, Cod de Impub. & alijs ſubſtit.* Ex eo enim quòd teſtator expreſsè voluerit, vt non adita ſua hæreditate per filium ſubſtitutus admitteretur, & ſuccederet in ſuis bonis, præſumit lex eum etiam voluiſſe, vt ſi filius poſt aditam ipſam hæreditatem decedat in pupillari ætate, (quo tempore teſtari non poteſt) idem ſubſtitutus in eiſdem ſuis bonis ſuccedat; & conſequenter vt etiam ſuccedat in bonis, quę aliunde ad pupillum deuenerant: nam ſi largitur de bonis ſuis, veroſimilius eſt, quod largiatur de ijs quæ ſunt filij; cùm quilibet faciliùs de alienis quàm de proprijs gratificetur, quando de vtriſque liberè poteſt diſponere. Unde ſolet hæc Pupillaris omnino tacita appellari Præſumpta, vt eam appellat Barth. *in l. In teſtamento, num. 3. Cod. de Teſtament. milit.* & Bald. *in d. l. Precibus, num. 9.*

Aduerte autem, quòd ſubſtitutio Pupillaris non ſolùm dicitur tacita quando 445 ſolâ juris auctoritate ex mente teſtatoris colligitur, cujuſmodi eſt quæ in expreſſa Vulgari continetur, juxta *d. l. Iam hoc jure*, ſed etiam quando ex conjecturis, ſecluſa verborum ſignificatione, deprehenditur. At in hoc poſteriore caſu excludit matrem pupilli, & ſic habet vim expreſſæ: ſecus autem in priori. Ita Barth. *in d. l. 2. in princip. num. 38. & in l. Centurio, num. 22. ff. de Vulgari, & in l. In teſtamento, num. 3. Cod. de Teſtam. milit. & in d. l. Precibus, num. 5. & 7. & ibi* Bald. *num. 9.* Imola *in d. l. 2. num. 10. & in d. l. Centurio, num. 9.* & Mantica latiùs hanc diſtinctionem explicans *lib. 5. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 13. numer. 8. & 9.*

Tertia denique ſpecies, nempe Pupillaris Miſta, fortè coincidit cum expreſ- 446 ſa verbis generalibus, quæ quidem poteſt dici tacita quoad verba ſpecialia, & expreſſa quoad generalia. Quoad caſus enim non

Digitized by Google

non videtur poſſe admitti hujuſmodi ſpecies Pupillaris miſtæ, quæ ſcilicet ſit expreſſa quoad vnum caſum, & tacita quoad alium, ſicut admittitur in Vulgari; quia Pupillaris ſolùm fit in caſum, ſi filius in pupillari ætate deceſſerit, & cùm non ſit alius caſus, in quo locum habere poſsit, neque expreſsè, neque tacitè ad vllum alium poteſt extendi, vt patet. Quod ſi dicas Pupillarem poſſe fieri ad breuius tempus, quàm pupillaris ætatis, vt in caſum quo pupillus decedat. v.c. ante decimum annum; & ſic quòd poteſt eſſe expreſſa in talem caſum, & tacita in caſum quo pupillus poſt illud tempus decedat intra ætatem pupillarem: excluditur facilè hoc dictum, quia ſi teſtator ſubſtituat pupillariter, ſi filius decedat intra certum tempus ante expletam ætatem pupillarem, talis ſubſtitutio non extenditur ad reliquum tempus illius ætatis, *l. Si ita quis, & l. Qui plures liberos, in princip. ff. de Vulgari*, & ſic ea ſubſtitutio non poteſt dici tacita in talem caſum, cùm ad illum non extendatur. Ita reſoluit Barth. *in d.l.2. numer. 26. ff. de Vulgari*, cæterique communiter.

447. Nihilominus tamen idem Barth. *num.* 28. in quodam euentu admittit Pupillarem expreſſam quoad vnum caſum, & tacitam quoad alium: docet enim, quòd quando teſtator ita dixerit; *Si filius meus hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo illi Titium*: talis ſubſtitutio eſt Pupillaris expreſſa in caſum, quo pupillus adita patris hæreditate decedat ante pubertatem, & tacita in caſum quo decedat etiam ante pubertatem, ſed repudiata hæreditate; nam illa ſubſtitutio in hunc ſecundum caſum extenditur, vt probat idem Barth. *d. num.*28. & Mantica *d.tit.* 13. *num.* 10. eſtque communis ſententia, teſte Zaſio *de Subſtit. cap.2. numer.* 4. Leonio *tract. de Subſtit. tit. de Pupillari, num.* 48. & Trentac. *de Subſtitut.p.2.cap.5.per. l.Iulianus*, aliàs *Si pupillus, ff. de Acquir. hæred. & l. Pater, in princip. ff. de Priuileg. credit.* & tamen hujuſmodi caſus eſt tacitus in illa ſubſtitutione, ſiquidem ſolùm fuit facta expreſsè in caſum, quo filius extitiſſet hæres. Atque ita cum Barth. ſentiunt plerique admittentes in dicto euentu Pupillarem expreſſam in vnum caſum, & tacitam in alium.

Non admittit tamen hanc ſententiam, ſeu dicendi modum Leonius *in ſuo tract. de Subſtit. tit. de Pupillari, num.* 17. Nam quòd pupillus ſit, aut non ſit hæres, non eſt caſus ſubſtitutionis Pupillaris, ſed tantùm quòd decedat intra ætatem pupillarem: vnde licèt non neget, quòd ſubſtitutio facta expreſsè in euentum, quo pupillus ſit hæres, locum etiam habeat, ſi ille non ſit hæres; attamen non admittit dicendam eſſe partim expreſſam, & partim tacitam quoad caſus, ſed eſſe ſimpliciter expreſſam in vtrumque euentum, cùm vnicus ejus caſus ſit ſi pupillus decedat in pupillari ætate, qui caſus in ea exprimitur, & hic dicendi modus mihi magis probatur, eo præſertim, quòd etiam tenendo opinionem Bartholi, illa ſubſtitutio excludit matrem pupilli, non ſolùm in caſu expreſſo, ſi pupillus ſit hęres, ſed etiam in tacito, ſi hæres non ſit, vt ex eod. Barth. *in d.l.2. in princip.num.33.notauit* Mantica *d.tit.*13.*num.*11. *in fine*: vnde apparet, quòd licèt in tali caſu dicatur tacita, tamen habet effectum expreſſæ: & ideo ſatius eſt, quòd ſimpliciter, & abſolutè dicatur expreſſa. 448

In tertia quæſtione, vnde dicatur ſubſtitutio Pupillaris? Non eſt quòd immoremur: patet enim ideo ita appellari, quia ſolis pupillis fit. 449

Ad quartam, quo jure ſit introducta hæc ſubſtitutio? Omiſsis multis, quæ parum vtiliter à multis dicuntur, reſpondetur breuiter hanc ſubſtitutionem introductam fuiſſe moribus Lacedæmoniorum, juxta communem DD. qui id colligunt *ex d.l.2. in princip. ff. de Vulgari, & ex Inſt. de Pupillari, in fine princip.* vbi dicitur hujuſmodi ſubſtitutionem fuiſſe moribus introductam, quòd de moribus Lacedæmoniorum non immeritò intelligitur, nam vt dicitur *in §. pen. Inſt. de Iure nat.* Omne jus Ciuile Romanorum 450

rum manauit à Lacedæmonijs, & Athenienſibus, quorum alteri, nempe Lacedæmonij, nullo jure ſcripto vtebantur, ſed tantum conſuetudinario moribus ac memoria retento: alteri verò econtra, nullum non ſcriptum jus habebant: & ideo cùm origo dictæ ſubſtitutionis ad mores vtentium referatur, non immeritò Lacedæmonijs tribuitur, quæ conjectura licèt non ſit euidens, habeatque inſtantiam in patria poteſtatē, vt benè arguit Leonius *tract. de Subſtitut. tit. de Pupillari, num.* 23. eſt tamen in præſenti materia ſufficiens.

451 Poſtquam verò hæc ſubſtitutio à Romanis fuit vſurpata, non ſolùm redacta eſt in ſcriptis, ſed peculiarem etiam formam ac modum à jure Ciuili ipſorum Romanorum accepit: vnde magna inter graues DD. eſt lis, vtrùm hodiè dicenda ſit hæc ſubſtitutio de jure conſuetudinario, habito reſpectu ad primæuam illius originem: vel potiùs de jure Ciuili ſcripto, habito reſpectu ad leges Ciuiles Romanorum à quibus formam, & modificationem accepit? Sed hæc quæſtio mihi videtur parum vtilis, & ideo illam omitto. Siquis tamen eam deſideret, legat Leonium *in d. tit. de Pupillari, à numer.* 24. & Trentacinq. *de Subſtit. p. 2. cap.* 1. *à num.* 4. qui latè & eruditè illam diſcutiunt.

452 Ad quintam denique quæſtionem, quam ob cauſam, hæc ſubſtitutio introducta fuerit? Reſpondetur breuiter, fuiſſe introductam in fauorem pupillorum, ne abſque teſtamento decederent, vt eſt text. *in l. Iulianus*; aliàs, *Si pupillus, ff. de Acquir. hæred.* Cum enim pupillus in ea ſit ætate, in qua teſtamentum ſibi facere non poteſt, *l. Qua ætate, ff. de Teſtament.* congruum, atque è re illius viſum fuit, vt pater, de cujus conſilio multum pro filijs confiditur, *l. fin. Cod. de Curat. fur.* ei poſſet prouidere, condendo illi teſtamentum, ex quo hæredem in ſuis bonis haberet, quòd ad vtilitatem ipſius pupilli maximè ſpectat, *d. l. Iulianus, & in l. Quin, ff. de Interrogat. act. & §. 1. Inſt. Quibus non eſt permiſ. fac. teſtam.* Accedit etiam authoritas paterna, cui non immeritò id permitti debuit erga filium impuberem. Atque ita reſoluunt Barth. *in d. l. 2. in princip. num.* 18. *ff. de Vulgari*, & ibi Jaſ. *num.* 22. *& ſeq.* Ripa *num.* 27. Socin. jun. *num.* 2. & cæteri communiter, idem Barth. *in d. l. Iulianus, ff. de Acquir. hæred.* Leonius *de Subſtit. tit. de Pupillari, numer.* 34. *& ſeq.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 12. num.* 12. Trentac. *de Subſtitut, p. 2. cap. 3. numer.* 1. & cæteri omnes.

Quæri hic ſolet, vtrùm Pupillaris ſubſ- 453
titutio, quæ dicitur teſtamentum pupilli, *§. Igitur, Inſtit. de Pupillari*, ita diſtinguatur à teſtamento patris, vt cenſenda ſint duo teſtamenta, vel tantùm ſit pars illius, ita vt teſtamentum pupillare, & paternum efficiant propriè vnum teſtamentum? Qua in re in vtramque partem ſunt opiniones. Mihi placet reſolutio Trentacinq. *d. cap. 3. num.* 3. vbi concludit, quòd habito reſpectu ad hæreditates, & perſonas, quibus de hærede prouidetur, ſunt duo teſtamenta, alterum patris, alterum filij. Vnde prouenit, vt poſsit acceptari hæreditas ex vno, & repudiari ex alio *l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari*, & quòd teſtamentum pupillare poſsit fieri ex interuallo poſt paternum, *l. Siquis eum, §. fin. ff. eodem*, habito autem reſpectu ad ſubſtantiam, ſeu corpus teſtamenti, atque ad formam, ſeu ſolemnitatem illius, nec non ad ejus ſubſiſtentiam eſſe vnum teſtamentum totale coaleſcens ex paterno & pupillari, ſiquidem vtrunque procedit ab eodem efficiente, nempe à patre pupilli, atque vna, & eadem ſolemnitas pro vtroque ſufficit, *l. Patris, & filij, ff. de Vulgari*, neque pupillare ſubſiſtere poteſt ſi paternum non ſubſiſtat, *§. Liberis, Inſtit. de Pupill. ſubſtit. & l. Sed ſi plures, §. Si ex aſſe, ff. de Vulgari*, quæ omnia ſuadent, eſſe vnum teſtamentum. Accedit quòd ſuccedenti ex paterno competit jus accreſcendi reſpectu ſucceſsionis ex Pupillari ac ſi ex vtroque vna totalis hæreditas deferretur *l. Qui patri, ff. de Acquir. hæredit.* quod certè ad vnitatem teſtamenti non parum

fa-

facit. Vtrùm verò loquendum potiùs ſit juxta priorem reſpectum, & appellandū vnum teſtamentum, vel potiùs juxta poſteriorem, & dicendum duplex teſtamentum? Eſt quæſtio de vocabulo, in qua non oportet immorari; loquere vt malueris.

Altera quęſtio hic connecti conſueuit, in qua multi DD. delaſſantur. An ſcilicet quando pupillus decedit abſque Pupillari ſubſtitutione, dicendus ſit mori inteſtatus? Cujus quæſtionis vtilitatem dicunt eſſe, vt ſciatur, ad quem pertineat hæreditas talis pupilli, vbi fuerit Statutum deferens hæreditates ab inteſtato ad certas aliquas perſonas, vt ad agnatos, vel ad Eccleſiam, aut ad captiuos. Et ratio dubitandi eſt, quia non dicitur propriè decedere inteſtatus, niſi is, qui poterat teſtari, & teſtatus non eſt, vt dicitur, *in l.1.ff. de Suis, & legit. hæred.* pupillus autem teſtari non poteſt. Sed hanc quæſtionem cum ſuis dependentijs ego omittendam cenſeo, quia non video tanti eſſe momenti, vt alieno loco in ea immorandum ſit. Tractat. eam copioſè Polit. *de Subſtit. tit. de Pupillari, quæſt.* 4. & Trentacinq. *de Subſtit. p.2. cap.* 3. *à numer.* 4. qui etiam differunt de intelligentia illius Statuti. De quo etiam ſi occaſio ferat, videatur Leonius *de Subſtit. tit. de Pupillari, num.* 37. *& ſeqq.*

§. 2. *Quibus verbis fiat, factave eſſe intelligatur Pupillaris ſubſtitutio?*

SUMMRAIUM.

PVpillaris ſubſtitutio, ſicut quælibet alia, nullam certam verborum formam requirit, ſed quibuſcumque verbis fieri poteſt; num.454.

Ex Pupillari ſubſtitutione ſuccedit ſubſtitutus in omnia bona pupilli; ex Fideicommiſſaria verò pupillo facta per ejus patrem ſolùm ſuccedit in bona ipſius patris, detractâ legitimâ filio debitâ, & fortè etiam detractâ quartâ Trebellianicâ; num.455.

Quæ vtilitas ſit in diſcernendo, an ſubſtitutio ſit tantùm Pupillaris expreſſa, vel tantùm expreſſa Vulgaris, aut ſimul expreſſa Vulgaris, & Pupillaris, vel Compendioſa? num.456.

Quotieſcumque in ſubſtitutione ſit mentio ætatis pupillaris, talis ſubſtitutio cenſetur Pupillaris. Quod maximè procedit, quando mentio illius ætatis ſit conditionaliter; num.457.

Si in ſubſtitutione fiat mentio ætatis pupillaris ſolùm demonſtratiuè vt dicendo; Filio meo impuberi ſubſtituo, &c. *an id ſufficiat, vt ſubſtitutio cenſeatur Pupillaris? Negant aliqui; num.458. Alij verò meliùs affirmant, cenſendam eſſe Pupillarem expreſſam, ſaltem verbis generalibus; num.459. & ſeq.*

PRimum omnium hac in re conſtat, 454
nullam certam verborum formam requiri ad ſubſtitutionem Pupillarem, ſicut nec ad vllam aliam ſubſtitutionem faciendam, ſed quibuſcumque verbis teſtator declaret, ſe velle directò ſubſtituere filio impuberi, quem habet in poteſtate, ſi decedat in ętate pupillari, fit & datur ſubſtitutio Pupillaris expreſſa; idque ſiue verba illam ſignificent ſpecialiter, ſiue ſolùm generaliter, vt tum ex dictis, *§. præced. num.* 442. tum ex infra dicendis manifeſtum erit. Hinc ſequitur non tot quin plures eſſe modos, & formas verborum, quibus Pupillaris ſubſtitutio fieri poteſt; vnde cùm omnes in particulari tradi non poſſint, ſtatuemus pro cunctis quandam generalem regulam, & nonnullos etiam caſus particulares magis celebres exponemus, ex quibus ad quoſlibet alios occurrentes facilis ſit conjectura.

Priùs tamen quàm ad hæc veniamus 455
aduerte, præcipuum laborem, ac difficultatem in præſenti eſſe, diſcernere an ſubſtitutio facta impuberi ſit potiùs Pupillaris, quàm Fideicommiſſaria, vel econtra? Nam cùm quælibet harum ſubſtitutionum poſſit fieri pupillo, ſi hæres extiterit; non eſt facilè dijudicare, de quanam teſtator ſenſerit? Cùm tamen non pa-

non parum interſit, cenſeri potiùs hanc quam illam: nam ſi eſt Pupillaris ſuccedit ſubſtitutus in omnia bona pupilli, excludendo in totum ejus matrem, cæteroſque hæredes legitimos: ſi autem eſt Fideicō-miſſaria, ſolùm poteſt ſuccedere in bona quę ex patris hæreditate ad pupillum deuenerunt, idque detractâ legitimâ ipſius pupilli, cùm in ea filius grauari non poſſit onere fideicommiſsi, *l Cohæredi, §. Cum filio,ff.de Vulgari,*& fortè etiam detractâ quartâ Trebellianicâ, vt notatur *in l.Quanquam, Cod. Ad l.Falcid. & in cap. Raynutius, de Teſtam. & D.D. in l. In ratione,§ Quod vulgò,ff. Ad leg. Falcid.*

Spectat etiam præſens diſputatio ad
456 diſcernendum, an ſubſtitutio facta pupillo ſit tantùm Pupillaris expreſſa, vel tantùm expreſſa Vulgaris, aut ſimul expreſſa Vulgaris, & Pupillaris, vel Compendioſa? In quo ſimiliter non mediocris eſt vtilitas; quia ſi tantùm eſt Pupillaris expreſſa, licèt in ſe contineat tacitam Vulgarem, per quam eueniente ejus caſu ſubſtitutus ſuccedit in bona teſtatoris, attamen id fallit, ſi mater teſtatoris ſit in medio: & ſi eſt tantùm expreſſa Vulgaris, licèt contineat tacitam Pupillarem, per quam ſubſtitutus ſuccedit pupillo decedenti ante pubertatem, attamen hic effectus impeditur, ſi pupilli mater eſt in medio: ſi verò eſt ſimul Pupillaris, & Vulgaris expreſſa vtraque habet plenè ſuum effectum eueniente caſu vtriuſque, prout hæc omnia ſatis ex ſuperioribus conſtant, & ampliùs ex dicendis conſtabunt. Si autem eſt Compendioſa, quæ ſuaptè natura complectitur tempus ante & poſt pubertatem, & Fideicommiſſariam verbis ſaltem generalibus expreſſam, vt communiter notant DD. *in l. Precibus*, *C. de Impuber. & alijs ſubſtit. & in l. Centurio, ff. de Vulgari*; Vulgarem quidem pro quouis tempore, & caſu quo inſtitutus nolit, aut non poſsit eſſe hæres; Pupillarem, pro caſu quo decedat ante pubertatem, ſiue aditâ, ſiue non aditâ priùs hæreditate patris; & Fideicommiſſariam, pro caſu quo decedat poſt pubertatem aditâ patris hæreditate; prout infra agendo de Compendioſa explicandum eſt.

His præhabitis, regula generalis in prę- 457
ſenti eſt: quotieſcumque in ſubſtitutione fit mentio ætatis pupillaris, talis ſubſtitutio cenſetur Pupillaris. Statuit hanc regulam Zaſius *tract. de Subſtit. c. 2. n. 3.* & ita ſentiunt communiter DD. vt videre eſt apud Manticam *de Vlt. vol. lib. 5. tit. 7. ferè per tot. ac præſertim n. 4.* & apud Prætis *de Interpr. Vlt. vol. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. ſolut. 6. num. 64. pag. mihi, 95. vnde Gloſ. magna in fin. in d. l. Precibus*, ex commemoratione pupillaris ætatis colligit factam eſſe Pupillarem ſubſtitutionē; & hoc eodem argumento, ſeu conjecturâ ferè ſemper DD. vtuntur ad hanc ſubſtitutionem probandam. Et ratio eſt clara; quia commemoratio ætatis pupillaris nulli ſubſtitutioni deſeruit, niſi tantùm Pupillari: vnde ſi hæc non intelligatur, ſuperuacanea eſſent teſtatoris verba, quod non debet admitti, cùm poſsint aliquid operari, *l. Si quando, in princ. ff. de Leg. 1.* Maximè vero procedit hæc regula, quando mentio illius ętatis fit cōditionaliter, vt, *Si filius meus decedat in pupillari ætate*, vel, *antequam ſit pubes*, vel, *ante ætatem in qua teſtari poteſt*, aut ſimilibus verbis. Tunc enim manifeſtiſsimum eſt ſignificari Pupillarem ſubſtitutionem; cū talia verba contineant formulam, ſub qua Pupillaris in ſpecie concipitur, *l. 1. §. 1. & l. Qui liberis, in princ. ff. de Vulgari, & Inſt. de Pupillari, in princ.*

Si autem commemoratio pupillaris æta- 458
tis facta ſit tantùm demōſtratiuè, vt quādo teſtator diceret; *Filio meo impuberi ſubſtituo*, ſunt qui putent non contineri ibi Pupillarem ſubſtitutionem, etiam verbis generalibus expreſſam. Ita ſentit Bald. *in d. l. Precibus, n. 48. C. de Impub. & alijs ſubſtit.* quem ſequuntur Jaſ. *in l. Si in teſtamento, C. eod. & in d. l. Centurio, n. 50. ff. de Vulgari*, & Francus *in c. Si pater, n. 87. de Teſtam. in 6.* idemq; magis videtur probare Prętis *d. n. 64. in fin.* quod tunc non oporteat quòd mentio ætatis pupillaris aliquid operetur, quia quòd cauſâ demōſtrationis ponitur in diſpoſitione, ſæpe nihil operatur, *l. Demonſtratio falſ. ff. Con-*

459 *dit. & demonſtr.*

At in hoc etiam caſu intelligi debere Pupillarem ſubſtitutionem, ſaltem verbis generalibus expreſſam, tenent meritò Alex. *in l.2. in princip.num.26. ff.de Vulgari, & in l.Gallus, §. Quidam rectè, numer.6. verſ. Prædictis, ff. de Liber. & poſth.* Guilliel. Bened. *in cap.Raynutius, verſ. Si abſque liberis, 2. num.17. de Teſtam.* Zaſius *de Subſtit.cap.2. num.3.* Emman. à Coſta *in d.cap. Si pater, 3.p. verb. Pupillares, num. 13. de Teſtament. in 6.* Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib. 5. tit.7. num.21. in prima edit. & in nouiſſima num.25.* & Menoch. *de Præſumpt. lib.4. præſumpt.34. num. 8.* idemque ſatis apertè ſenſit Barth. *in d. l. Centurio, num.31.* & Paul. Caſtr. *in d. l. Precibus, num.12. & in l.fin. num. 2. in fine, Cod. de Hæred. inſtit. & in l. Iam hoc jure, §. Quod jus, num.5. ff. de Vulgari.* Fundamentum ſumitur,tum *ex l.Qui liberis, §. Hæc verba, ff. de Vulgari, & Pup.* vbi teſtator ſimpliciter ſubſtituit filio ſuo impuberi, & tamen Pupillaris ſubſtitutio intelligitur; tum etiam ex ratione, quia ſubſtitutio expreſſa verbis generalibus, licèt facta ſit per verbum commune,quale eſt, *Subſtituo,* intelligitur potiùs directa, quam Fideicommiſſaria, *d.cap. Si pater, de Teſtam. in 6.* & ſi facta ſit impuberi,ex ipſa qualitate perſonæ accipit determinationem vt cenſeatur Pupillaris,vt patet in Reciproca facta hoc modo; *Eos inuicem ſubſtituo*: quæ ſi facta ſit duobus impuberibus non tantùm eſt Vulgaris, ſed etiam Pupillaris verbis generalibus expreſſa, vt tenet communis ſententia,& deciſum eſt *in Ordinat. Luſit. lib. 4. tit. 87. §.6. in fine.* Igitur cùm in caſu propoſito ſubſtitutio fiat impuberi per d.verbum, *Subſtituo,* ſatis id eſt, ad hoc vt intelligatur Pupillaris expreſſa, ſaltem verbis generalibus.

460 Dico,*ſaltem verbis generalibus*, quia ſi quando ſubſtitutio facta eſt abſque mentione ætatis pupillaris, ſatis eſt quòd ſit facta impuberi, ad hoc vt cenſeatur Pupillaris expreſſa verbis generalibus, vt conſtat ex dicto exemplo Reciprocæ, & tenet communis ſententia, quam relatis pluribus tradit Menoch. *d.præſumpt. 34. n.*8 ſanè quando in ipſa ſubſtitutione ſpecialis mentio facta eſt illius ætatis, vt in noſtro caſu, non improbabiliter dici poteſt, intelligi tunc Pupillarem verbis ſpecialibus expreſſam; licèt Mantica *loc.cit.* cum Barth. & Alex. dicat, ſolùm intelligi expreſſam generaliter, eoquòd porrigatur etiam vltra tempus ætatis pupillaris, & ſic non exprimat ſpecificè ſubſtitutionem Pupillarem, quæ vltra illud tempus non porrigitur; qua de re alijs cogitandum relinquo. Ad fundamentum vero Baldi negantis abſolutè intelligi in dicto caſu ſubſtitutionem Pupillarem, reſpondetur facilè, quanuis ibi ſolùm demonſtratiuè fiat mentio ætatis Pupillaris, inde planè oſtendi teſtatorem cõſideraſſe illã ætatẽ,& conſequenter voluiſſe prouidere de ſubſtitutione filio impuberi peculiariter accomodata, quæ eſt Pupillaris.

Jam verò pro faciliori vſu prædictæ regulæ, alijſq; vtilitatibus ſupra tactis, *num. 455. & ſeq.* expendamus in particulari aliqua verba, ſeu caſus in quibus dubitari ſolet, an, vel qua ratione, contineatur ſubſtitutio Pupillaris?

§. 3. *Expenduntur variæ formulæ,ſeu caſus particulares,in quibus ex ipſis verbis teſtatoris Pupillaris ſubſtitutio intelligatur.*

SUMMRAIUM.

E*Xpreſſa Pupillaris concipitur,quando teſtator verbis directis ſubſtituit filio ſub expreſſa conditione,* Si in pupillari ætate deceſſerit. *Quod procedit primò, quando verba referentur expreſſè ad ipſum pupillum, vt,* Si deceſſerit in pupillari ætate, ſit ei hæres Caius;*num.*461. *Secundò,licèt tacito pronomine, ei,ſolùm diceretur,* Sit hæres Caius; *num. 462. Tertiò, licèt teſtator dixerit,* Si filius meus deceſſerit impubes, ſit mihi hæres Caius: *in quo caſu dictio,* mihi, *detrahitur tanquã impertinẽs,& ſubſtitutio cenſetur etiam Vulgaris expreſſa,n.*463.*Quartò licèt*

licèt dixerit teſtator; Sit Caius hæres meus, num. 464. Vtrum duæ prædictæ ampliationes locum habeant, quando ſubſtitutio eſſet facta filio exhæredato? num. 465. Quintò procedit præfata reſolutio principalis, licèt teſtator dixerit; Caius mihi, & illi ſit hæres, in quo caſu continetur etiam expreſſa Vulgaris; num. 466.

Quando teſtator verbo communi ſubſtituit ſimpliciter filio impuberi ſub expreſſa conditione; Si deceſſerit in pupillari ætate, talis ſubſtitutio eſt expreſſa Pupillaris; num. 467.

Quando ſubſtitutio facta eſt filio impuberi verbo communi, vel directo, ſub expreſſa conditione, Si deceſſerit in pupillari ætate, an ſolùm ſit expreſſa Pupillaris, vel etiam expreſſa Vulgaris? Prima ſententia eſt eſſe etiam Vulgarem expreſſam verbis generalibus; numer. 468. Secunda ſententia verior tenet, Vulgarem ibi contentam cenſendam eſſe omnino tacitam; num. 469. & ſeqq.

Quando à teſtatore dictum eſſet; Si filius meus deceſſerit in ætate pupillari, ſuccedat Titius in bonis meis, vel, bona mea deueniant ad Titium, an talis ſubſtitutio ſit Pupillaris directa? Prima ſententia eſt affirmatiua; num 473. Secunda tenet, eſſe tantùm ſubſtitutionem Fideicommiſſariam; numer. 474. Prima ſententia præfertur, præſertim ſi dictum ſit; Succedat in omnibus bonis meis, vel, bona mea deueniant pleno iure ad Titium; vel, deueniant abſque vlla diminutione; num. 475. Si retineatur ſecunda ſententia, an intelligenda ſit de ordinaria ſubſtitutione Fideicommiſſaria vniuerſali; vel de Fideicommiſſaria Pupillari; numer. 476.

Si teſtator vſus eſſet verbo obliquo, vt dicendo; Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, bona mea Titio reſtituantur, adhuc in hoc caſu tenent aliqui, eſſe Pupillarem directam, numer. 477. Meliùs tamen alij eſſe Fideicommiſſariam, qua ipſe pupillus grauatur; numer. 478.

Quando teſtator diceret; Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, reſtituo hæreditatem meam, vel, bona mea Titio, eſt ſubſtitutio Pupillaris directa: & idem dicendum, quoties teſtator adderet aliqua verba, quibus ſignificaret, ſe velle pupillariter ſubſtituere; numer. 479.

Si teſtator in ſubſtitutione filio facta ſolùm enuntiatiuè meminerit pupillaris ætatis, tunc per illa verba, Deueniant bona mea ad Titium, non inducitur Pupillaris ſubſtitutio, ſed Fideicommiſſaria; num. 480.

Qualis ſubſtitutio ſit, quando teſtator ita diceret; Si filius meus in pupillari ætate abſque liberis deceſſerit, ſubſtituo Caium? Prima ſententia eſt eſſe ſubſtitutionem Pupillarem; numer. 481. Secunda eſt, eſſe Compendioſam, quæ ſcilicet, decedente filio ante pubertatem, ſit Pupillaris, & poſt pubertatem, Fideicommiſſaria; numer. 482. Quæ ſecunda ſententia maximè procedit, quando teſtator dixiſſet; Si deceſſerit in pupillari ætate, & ſine liberis; num. 483. Tertia ſententia eſt, eam ſubſtitutionem eſſe omni tempore Fideicommiſſariam, & ſic neque Pupillarem, neque Compendioſam, quæ ſententia rejicitur; num. 484. Prima verò, & ſecunda vtraque eſt ſatis probabilis: ſecunda tamen præfertur; num. 485.

Quando teſtator ſub expreſſa conditione pupillaris ætatis ſubſtituit filio in re certa per verbum directum, & ciuile, talis ſubſtitutio eſt Pupillaris directa, & vniuerſalis vt ſi dixiſſet; Si filius meus deceſſerit impubes, ſit ei hæres Titius in fundo Tuſculano; numer. 486. Quod ampliatur primò, etiamſi teſtator dixiſſet; Sit mihi hæres Titius; numer. 487. & ſeq. Secundò, etiamſi ille fundus Tuſculanus eſſet proprius teſtatoris; numer. 484. Tertiò, etiamſi filius fuerit inſtitutus in eadem re certa. Limitatur autem prædicta reſolutio,

cum omnibus his ampliationibus, ſi illi filio datus etiam ſit alius, ſubſtitutus vniuerſalis, vel cohæres vniuerſalis; num.491.

Si ſubſtitutio fuerit facta filio in re certa per verbum commune, non erit Pupillaris, neque vniuerſalis, ſed quoddam fideicommiſſum particulare, etiamſi facta ſit ſub expreſſa conditione, Si filius deceſſerit in pupillari ætate; *num. 492. Contraria ſententia eſt valde probabilis; num. 493. & ſeq. Sed tamen prior ſententia retinenda eſt; num 495. & ſeq.*

Quando quis in ſuo teſtamento relinquit alicui bona, vel hæreditatem, quæ ad ſe ab aliquo tertio obuenit, cenſetur facere relictum particulare, ſeu in re certa; num.494.

Quæ dicta ſunt circa ſubſtitutionem factam in re certa per verbum commune, pari modo procedunt in ſubſtitutione facta per verbum directum non ciuile; num.497.

In materia ſubſtitutionum verbum commune, & verbum directum non ciuile, à pari procedunt. Quæ ſint verba Ciuilia, & quæ Directa non Ciuilia? ibid.

Quando nulla facta mentione ætatis pupillaris, pater ſubſtituit filio in forma Compendioſæ, talis ſubſtitutio valet vt Pupillaris ante pubertatem, ſi ſit facta à milite per verba directa, vel communia; idque licèt mater pupilli ſit in medio; numer. 498. Si autem ſit facta à pagano, valebit ſimiliter vt Pupillaris, & matrem pupilli excludet, ſi facta fuerit per verba directa ciuilia, vel non ciuilia; num. 199. Si verò facta ſit per verbum commune, aut erit facta appoſito aduerbio diſtributiuo, Quandocumque, *vt ſi dictum ſit,* Quandocumque filius meus deceſſerit, ſubſtituo ei Caium: *& tunc continebit etiam Pupillarem expreſſam, ſaltem verbis generalibus; num. 500. & ſeq. Aut facta erit ſimpliciter in caſum mortis,* Vt cùm filius meus morietur, vel poſt ejus mortem, ſubſtituo, &c. *& tunc prima ſententia eſt, eam ſubſtitutionem valere jure Pupillaris ante pubertatem inſtituti; num. 502. & ſeq. Secunda eſt non valere vt Pupillarem, ſed eſſe omni tempore Fideicommiſſariam, ſi inſtitutus moriatur poſt aditam hæreditatem; n. 504. Prima ſententia præfertur; num. 506.*

Si inſtituitis duobus filijs imparibus, id eſt, pubere & impubere, facta eis ſit ſubſtitutio his verbis, Quandocumq; deceſſerint, ſubſtituo Titium; *in perſona impuberis valebit vt Pupillaris ante pubertatem, licèt in perſona puberis ſemper ſit Fideicommiſſaria; num.505. poſt med.*

Si teſtator ita dixit; Inſtituo filium meum Titium, & ſubſtituo Caium. *In tali caſu, ſi filius erat impubes, continetur tam Vulgaris, quàm Pupillaris, vtraque verbis generalibus expreſſa; num. 507. Baldus contrarium tenens rejicitur; num.508.*

PRimus caſus ſit, quando teſtator verbis directis ſubſtituit filio ſub expreſſa conditione, *Si in pupillari ætate deceſſerit.* In hoc caſu vera, & recepta concluſio eſt concipi ſubſtitutionem Pupillarem expreſſam. Quæ concluſio procedit primò & principaliter, quando verba referrentur expreſsè ad pupillum, vt ſi teſtator ita dixerit; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, ſit ei hæres Caius.* Tunc enim manifeſtum eſt exprimi Pupillarem, vt in ſpecie, relatis pluribus, tradunt Emman. à Coſta *in cap. Si pater, 3. p. verb. Pupillares, numer. 11. de Teſtam. in 6.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 34. num. 3.* & Trentaeinq. *de Subſtitution. p. 2. cap. 4. ſub numer. 3. verſ. Ex prædictis,* qui optimè notant ſub illa formula nullam aliam ſubſtitutionem exprimi, præter Pupillarem, propter dictionem, *ei,* relatam ad pupillum; quia per ſolam Pupillarem fit ſubſtitutus hæres pupilli, non negatur tamen contineri ibi tacitam Vulgarem, quam jus ſub expreſſa Pupillari ex præſumpta voluntate teſtatoris 461

ad-

admittit, licèt verba repugnent, vt conſtat *per l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, & notat in ſpecie Menoch. *d. præſumpt.* 34. *num.* 4. *in fine*, poſt Ruinum, *in l.* 2. *num.* 39. *ff. de Vulgari.*

462 Procedit ſecundò dicta concluſio, licèt verba non ſint expreſsè relata ad pupillum, vt quando teſtator diceret; *Si filius meus in pupillari ætate deceſſerit, ſit hæres Caius.* In hoc etiam caſu contineri expreſſam Pupillarem, probat clarè text. *in l. Qui liberis, in princip. ff. de Vulgari*, vbi ſub hac ipſa formula exemplum Pupillaris aſsignatur, & ita in ſpecie tenent Gloſ. *in cap. Si pater, verb. Pupillares, de Teſtam. in* 6. Bald. *in l. Precibus, num.* 42. *Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Aret. *num.* 4. Caſtr. *num.* 12. & alij. Emman. à Coſta vbi ſup. *ſub num.* 10. Mantica *de Conject. vltim vol. lib.* 5. *tit.* 7. *numer.* 4. Menoch. *d. præſumpt* 34. *ſub num.* 31. *verſ. Exiſtimo inquam*, Trentac. *d. cap.* 4. *ſub num.* 3. *verſ. Secundus caſus*, & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 104. *numer.* 1. eſtque communis, & veriſsima ſententia; quia per illa verba, *Si deceſſerit in pupillari ætate*, ſignificatur proprius, & ſpecialis caſus, in quo Pupillaris ſubſtitutio habet locum; & ita manifeſtè ibi talis ſubſtitutio exprimitur. Vtrum verò ibi etiam expreſsè contineatur Vulgaris, vel ſolùm tacitè? Dicemus in ſequẽti caſu, in quo eſt eadem ratio, & vbi frequẽtius à DD. hæc dubitatio agitari ſolet.

463 Procedit tertiò, licèt teſtator dixerit; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, ſit mihi hæres Caius.* Dictio enim, *mihi*, non impedit Pupillarem ſubſtitutionem; vt probat text. *in l.* 1. *§.* 1. cum Gloſ. *in verb. Caius*, & ibi omnes ſcribentes, *ff. de Vulgari, & in l. Si ita ſcriptum, §. Qui filio*, & ibi Barth. *ff. de Bonor. poſſeſ. ſecundùm tabulas*; & ita reſoluunt communiter DD. quos latè citant, & ſequuntur Emman. à Coſta *in d. verb. Pupillares, num.* 2. Mantica *d. tit.* 7. *num.* 5. Menoch. *d. præſumpt.* 34. *num.* 12. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 109. *num.* 1. Cujus reſolutionis duplex ratio reddi ſolet. Prima eſt, quia licèt per Pupillarem ſubſtitutionem ſuccedatur pupillo, & in omnibus ejus bonis, *Inſt. de Pupillari. in princ. l. Sed ſi plures, §. Ad ſubſtitutos, ff. de Vulgari*; tamen ſubſtitutus mediante perſona pupilli, qui ſupponitur à patre inſtitutus, intelligitur etiam hæres, & ſucceſſor ipſius patris, cùm hæres hæredis dicatur etiam hæres teſtatoris, *l. Paterfamil. ff. de Vulgari, l. Siquis filium, §. vlt. ff. de Acquir. hæred. & l. vlt. Cod. de Hæred. inſtit.* Secunda, & melior eſt, quia illa dictio, *mihi*, tollitur tanquam vitioſa, & habetur pro non adjecta, *l. Cohæredi, §. vlt. ff. de Vulgari*; quod etiam probat text. *in d. l. Si ita ſcriptum, §. Qui filio, ff. de Bonor. poſſeſ. ſecund. tab. & in l. penult. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Quas rationes latè expendit, & conciliare conatur Emman. à Coſta *loco citat.* licèt videantur ſibi inuicem aduerſari, cùm prima defendat dictionem, *mihi*, tanquam rectè poſitam; ſecunda verò illam rejiciat, tanquam vitioſam. Nobis tamen ſatis eſt, quòd ſecunda ſit vera, & retinenda, cùm ex Jureconſultorum verbis, & ſententia deſcendat, vt poſt Alciat. notat Menoch. *vbi ſupra.* Et quidem optima ratione dictio illa detrahitur; nam cùm ex illis verbis, *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate*, conſtet apertè teſtatorem voluiſſe ſubſtituere pupillariter, jure optimo dictio, *mihi*, quæ tali ſubſtitutioni non inſeruit, imò videtur repugnare, tanquam impertinens abjicitur. Cæterùm in hoc euentu cõtineri etiam Vulgarem Expreſſam, dicunt Socin. *in l.* 1. *n.* 36. *in fin. ff. de Vulgari*, & Conar. *in cap. Raynutius, §.* 5. *n.* 5. *verſ. Ex quibus infero*, & videtur tenere Menoch. *d. præſumpt.* 34. *n.* 20. *in fin.*

Procedit quartò ob eandem rationem, 464
quanuis teſtator dixerit; *Si filius meus deceſſerit in ætate pupillari, Caius ſit hæres meus.* Nam tunc etiam dictio illa, *meus*, Pupillarem ſubſtitutionem non impedit, ſicut de dictione, *mihi*, dictum eſt, & ita relatis alijs, tradunt Coſta *d. verb. Pupillares, numer.* 2. Mantica *d. tit.* 7. *numer.* 6. & Menoch. *dict. præſumpt.* 34. *num.* 15. *in fine.*

Nota verò, proximè dicta circa caſum, 465
quo

Digitized by Google

quo eſt adjecta dictio, *mihi*, vel, *meus*, intelligi quando ſubſtitutio eſt facta filio inſtituto, nam ſi facta eſſet filio exhæredato, ſentiunt multi talem ſubſtitutionem eſſe nullam; ſiquidem neque valeret vt Vulgaris, cùm hæc exhæredato fieri non poſsit; neque vt Pupillaris, quia ex hac non poteſt ſubſtitutus capere bona teſtatoris immediatè, ſed ad ſummum mediante perſona pupilli, qui immediatè extiterit hæres teſtatoris; quod in exhæredato non habet locum: nec denique, vt Fideicommiſſaria, quia exhæredatus non poteſt grauari fideicommiſſo, niſi titulo alicujus relicti fuerit honoratus, *l. Ab eo, Cod. de Fideicommiſ.* Ita ſentiunt Caſtr. *in l. Precibus, num.* 13. *Cod de Impuber: & alijs ſubſtit.. & in l.* 1. *num.* 9. *ff. de Vulgari*, & ibi Jaſ. *num.* 12. & Ruin. *num.* 40. Coſta *d. verbo, Pupillares, num.* 3. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 109. *numer.* 4. & ita etiam videntur ſentire Mantica *d. tit.* 7. *num.* 9. & Menoch. *d. præſumpt.* 34. *num.* 17. Nihilominus tamen etiam in filio exhæredato illam ſubſtitutionem valere vt Pupillarem, defendunt Ripa *in d. l.* 1. *num.* 33. & ibi Alciat. *numer.* 169. Caccialup. *in d. l. Precibus, num.* 24. *Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Seuerin. *num.* 16. Quæ poſterior ſententia mihi magis probatur, quia etiam in præſenti caſu illa dicto, *mihi*, vel, *meus*, rejici debet tanquam ſuperflua, juxta *d. l. Si ita ſcriptum, §. Qui filio*, cum alijs *ſupra, numer.* 463. relatis; id enim efficaciter perſuadet ratio adducta *eod. num.* 463. *in fine.* Illud etiam adderem, quòd retenta priori ſententia, quando teſtator, exhæredato filio, diceret; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, ſit mihi hæres Caius:* intelligi debere Caium conditionaliter inſtitutum in primo gradu, talemque inſtitutionem valere, & effectum habituram, ſi conditio eueniat: quid enim hoc impedit?

466 Procedit quintò, licèt teſtator ita dixerit; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, Caius mihi, & illi ſit hæres*; nam tunc etiam erit Pupillaris expreſſa; licèt ſimul etiam ſit expreſſa Vulgaris. Ita Curtius jun. *in l. penult. num.* 6. *Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Ripa *in l.* 1. *num.* 42. *ff. de Vulgari*, & ibi Alciat. *num.* 165. Coſta *d. verb. Pupillares, num.* 12. & Menoch. *d. præſumpt.* 34. *num.* 20. Non deſunt etiam qui teneant, dari ſubſtituto in hoc euentu electionem ſuccedendi, vel per Fideicommiſſum, vel per Pupillarem, adita hæreditate per pupillum. Sic teſte Fuſar. *de Subſtit. q.* 34. *num.* 25. ſcribunt Jaſ. *in d. l. penult. num.* 2. *Cod. de Impub. & al. ſubſtit.* & Roman. *conſil.* 480. Non video tamen quo fundamento id potuerint affirmare.

Secundus caſus principalis eſt, quando teſtator verbo communi ſubſtituit filio impuberi ſub expreſſa cōditione, *Si ante pubertatem deceſſerit*, vt quando dixerit, *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, ſubſtituo Sempronium.* In hoc caſu indubitatum ſimiliter eſt, contineri expreſſam ſubſtitutionem Pupillarem; cùm ibi exprimatur proprius, & ſpecificus caſus hujus ſubſtitutionis. Solùm dubitatur vtrùm ibi etiam contineatur Vulgaris expreſſa, vel ſolùm tacita? Quæ dubitatio pari ratione procedit in caſu quo ſubſtitutio facta eſſet verbis directis, dicente teſtatore; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, ſit hæres Caius.* Vtrobique namque eędem pro alterutra parte militant rationes, vt videri poteſt apud Menoch. *infra citat.* & conſtat facilè, quia verbum commune, *Subſtituo*, (& idem erit de quouis alio communi) ſumitur in præſenti caſu in ſenſu directo; alioqui neque ipſa Pupillaris ſubſtitutio, quæ eſt directa, ibi contineretur. 467

In hac igitur dubitatione, prima ſententia eſt, in propoſito caſu contineri ſimul Vulgarem expreſſam verbis generalibus. Ita Couar. *in cap. Raynutius, §.* 5. *num.* 5. *de Teſtam.* Simon de Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dub.* 1. *ſolut.* 5. *num.* 51. Mantica dicens eſſe communem ſententiam *lib.* 5. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 3. *num.* 14. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 4 *numer.* 4. & plures alij, quos referunt. Idem ſentit Bald. *in d. l. Precibus, num.* 42. *Cod. de* 468

Im-

Impuber. & alijs ſubſtit. dum aſſerit, prædictam ſubſtitutionem eſſe Compendioſam reſtrictam ad tempus ætatis pupillaris, & vt ſic continere tam Pupillarem, quàm Vulgarem verbis generalibus expreſſam; quod etiam affirmant Caſtr. *in d.l. Precibus, num* 10. *&* 11. & ibid. Alex. *num.* 6. & Corn. *num.* 8. *&* 9. pluresque alij apud Mantic. *vbi ſupra*, & apud Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 34. *num.* 27. quibus non paucos addit Fuſar. *de Subſtit. q.* 34. *num.* 21. Præcipuum fũdamentum eſt, quia illa verba; *Si filius meus decedat in pupillari ætate, ſubſtituo Sempronium*, vel, *ſit hæres Sempronius:* etiam Vulgari ſubſtitutioni deſeruiunt, eamque admittunt pro caſu, quo filius non quæſita patris hæreditate ante pubertatem decedat; vt ne ipſi quidem Aduerſarij negant. Ergo Vulgaris ibi comprehenſa cenſenda eſt expreſſa, & non omnino tacita, nam ea tantùm cenſetur Vulgaris tacita in Pupillari contenta, quæ non ex verbis, ſed ex præſumptione, & poteſtate legis contra ipſa verba teſtatoris colligitur, vt quando teſtator dicit; *Si filius meus hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, &c. vt *ſect. præced. in princ. num* 31. viſum eſt.

469 Contrariam nihilominus ſententiam, quòd imò Vulgaris in prædicto caſu contenta omnino tacita cenſenda ſit, juxta *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, magis probarunt Gloſ. *in cap. Raynutius, de Teſtam. & in cap. Si pater, eod. tit. in* 6. & Gloſ. *in l. Precibus, in Gloſſa magna, in fine, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Innocent. *in d. cap. Raynutius, num.* 1. & ibi Hoſtienſ. in verbo, *Succedat*, & Guilliel. Bened. in verbo, *Si abſque liberis*, 2. *in materia Pupillaris, num.* 15. Emman. à Coſta *in d. cap. Si pater, p.* 3. *verb. Pupillares, ſub num.* 9. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 10. Polit. *de Subſtitut. in rubr. de Pupillari, num.* 11. *in fine*, Menoch. *d. præſumpt.* 34. *ſub num.* 31. *verſ. Verum reſpondetur, & ſeqq.* pluresque alij. Probatur primò per text. *in l. Si ita ſcriptum, §. Qui filio, ff. de Bonor. poſſeſ. ſecund. tab.* vbi ſi inſtitutio fiat illis verbis; *Si filius meus moriatur antequam in ſuam tutelam veniat*, ideſt, ante pubertatem, *Titius mihi hæres eſto:* illa dictio, *mihi*, adjicitur, tanquam inutilis. Si autem præter Pupillarem ſubſtitutionem, ibi etiam contineretur Vulgaris expreſſa, dictio illa non adjiceretur, neque eſſet inutilis, ſiquidem deſeruiret Vulgari per quam ſoli teſtatori ſucceditur.

Probatur ſecundo, quia ſubſtitutio facta ſub dictis verbis; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, ſubſtituo Sempronium*, vel, *ſit hæres Sempronius*; eſt Pupillaris expreſſa verbis ſpecialibus, vt etiam Aduerſarij videntur admittere, & fatentur expreſsè Mantica *d. tit.* 3. *num.* 16. nam id manifeſtè conſtat per text. *in l.* 2. *§. vltimo, verſ. Sed ſi quis ita, ff. de Vulgari, & in l. Qui liberis, in princ. ff. eod.* vbi ſub illa ipſa verborũ forma ſubſtitutio Pupillaris in ſpecie proponitur, ac declaratur: quando autè vna ſpecies propriè ac determinatè aliquibus verbis exprimitur, dici non poteſt, quòd illis verbis exprimatur alia, etiam in generali, quia ſub ſpecie non comprehenditur genus: alioqui quando quis expreſsè diceret, ſe vidiſſe, v.c. hominem, ſeu animal rationale, intelligeremus quòd etiam expreſsit, ſe vidiſſe leonem, & cæteras ſpecies brutorum, quæ cum homine conueniunt in genere animalis, quo nihil abſurdius. 470

Dices illa verba; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, ſit hæres Sempronius*, reuerà eſſe indifferentia ad Pupillarem, & Vulgarem ſubſtitutionem, & vtranque ſub ſuo ambitu, & generalitate complecti, quia ille filius poteſt decedere in pupillari ætate, vel acquiſita patris hæreditate, vel illâ non acquiſitâ: & prædicta verba vtrumque caſum complectuntur: ergo cùm alter ſit caſus Pupillaris ſubſtitutionis, alter verò Vulgaris, planè vtraque ſubſtitutio ſub dictis verbis continetur. Reſpondetur negando aſſumptum; quia illa conditio, *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate*, ex ipſa legum traditione, & teſtantium vſu habetur, & proponitur vt propria, & ſpecifica differentia Pupillaris ſubſtitutionis, & talis re- 471

verà eſt, nihil obſtante, quòd poteſt habere locum tam in caſu quo filius decedat, acquiſita hæreditate patris, quàm quo eâ non acquiſitâ; quia neuter horum caſuum ſpectat ad ſpecialem rationem hujus ſubſtitutionis, ſed ſolùm quòd pupillus decedat in pupillari ætate, ſiue reipſa fuerit hæres patris,ſiue non;ſiquidem Pupillaris ſubſtitutio etiam filio exhæredato fieri poteſt,*l.2.*& ibi *DD.ff.de Vulgari*, & locum etiam habet,pupillo hæreditatem repudiante, *l. pen. ff. de Priuil. credit.*

472 Stat ergo formam illam verborum; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate*, &c. eſſe ſpecificam, & per illam exprimi in ſpecie Pupillarem ſubſtitutionem: atque adeo verba illa non eſſe indifferentia ad Pupillarem, & Vulgarem. Vnde ſi teſtator dixerit; *Si filius meus mihi hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo illi Caium*, talis ſubſtitutio dicitur propriè Pupillaris expreſſa verbis ſingularibus; non verò ſpecialibus: Menoch. *d.præſumpt.*34.*num.* 2. & Fuſar.*de Subſtitut q.*103. qui alios referunt. Atque ex his patet reſponſio ad fundamentum primæ ſententiæ, quam tamen cenſeo ſatis probabilem ac tutam, præſertim propter auctoritatem DD. qui illam ſequuntur; hanc verò ſecundam cenſeo in rigore veriorem.

473 Tertius caſus eſt, quando teſtator ita dixerit; *Si filius meus deceſſerit in ætate pupillari, ſuccedat Titius in bonis meis*, vel, *bona mea deueniant ad Titium.* In hoc caſu communis ſententia eſt, contineri Pupillarem ſubſtitutionem directam. Ita ſentiunt Barthol. *in d. l. Si ita ſcriptum, §. Qui filio, ff.de Bonor.poſſeſ. ſecund. tab.* Socin. ſen. *in d. l.*1. *num.*11. *in* 2. *caſu, ff.de Vulgari*,& ibi Ripa *num.* 37. Socin.jun. plures referens, *conſil.* 95. *num.*26. *&* 27. Coſta *in cap.Si pater,p.*3. *verſ. De filio ad filiam, num.* 17. *de Teſtament.in* 6. Mantica *de Conjectur. vlt. volunt.lib.* 5. *tit.* 7. *num.* 7. Menoch. *de Præſumpt.lib.* 4. *præſumpt.* 34. *num.* 16. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 108. *num.* 1. qui plures referunt. Fundamentum eſt primò, quia conditio pupillaris ætatis arguit teſtatorem ſenſiſſe de Pupillari ſubſtitutione, quæ ſola illam ætatem requirit: vnde Socin. ſen. *d. num.* 11. ſubdit. ſubſtitutionem in propoſito caſu contentam eſſe Pupillarem formalem, ſeu verbis ſpecialibus expreſſam, quod etiam videtur ſentire Mantica *d. num.*7.*in fine.* Secundò & principaliter, quia in præſenti caſu verba illa, *in bonis meis*, vel, *bona mea*, debent haberi pro non adjectis, *argum. text in d.l.Si ita ſcriptum, §. Qui filio, ff.de Bonor. poſſeſ. ſecund. tab.* vbi, ſi teſtator dicat; *Si filius meus decedat in pupillari ætate Titius ſit mihi hæres*; vel, *ſit hæres in bonis meis*, dictio, *mihi*, & verba, *bonis meis*,rejiciuntur.

Contrariam nihilominus ſententiam, 474
quòd imò in caſu propoſito ſolùm continetur ſubſtitutio Fideicommiſſaria,tenet Bald. *in d. l. Precibus , num.*44. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* quem ſequitur Alex. *in d. l.* 1. *num.* 7. *ff. de Vulgari*, & Joan. Crot. *in repet. cap. Raynutius, in materia Pupillaris, fol.* 17. *col.* 1. *verſ. Vltimo in hac materia,de Teſtament.*motus hac ratione; quia prædicta verba non conueniunt Pupillari ſubſtitutioni; ſiquidem per eam ſucceditur pupillo in omnibus bonis vndecumque quæſitis: conueniūt autem Fideicommiſſariæ, per quam ſucceditur in bonis teſtatoris, *l. Cohæredi, §. Cum filio, ff. de Vulgari.* Neque in contrarium vrget argumentum quod ſumitur ex text. *in d.l.Si ita ſcriptum, §. Qui filio.* Nam ibi ſubſtitutio fuit facta verbis directis,quæ nullo modo conueniunt ſubſtitutioni Fideicommiſſariæ, & ideo non eſt mirum, quòd in tali caſu dictio, *mihi*, & dictio, *verba mea*, rejiciantur vt inutiles & ſuperfluæ. In præſenti autem facta eſt ſubſtitutio per verbū commune,quale eſt,*Succedat*,& *Deueniant*, quod eſt aptum importare ſubſtitutionem Fideicommiſſariam ; vnde illam reipſa importabit,cùm ad eam determinetur per verba, *bona mea*, vel, *bonis meis*,quæ conueniunt Fideicommiſſariæ. Neque etiam vrget illud aliud argumentum deſumptum ex conditione ætatis pu-

pupillaris. Nam ad hoc quoque facilè reſpondet Crot. *cit*. talem conditionem non repugnare ſubſtitutioni Fideicommiſſariæ, ſed inſeruire ad eam limitandam, vt non egrediatur metas pupillaris ætatis, juxta *l. Cohæredi, §. Quod ſi hæredem, ff. de Vulgari*, ac proinde ex tali cõditione non argui neceſſariò, teſtatorem de Pupillari ſubſtitutione directa cogitaſſe in caſu propoſito.

475 Non cenſeo tamen recedendum à cõmuni, & recepta ſententia, quia verba illa, *Bonis meis*, vel, *Bona mea*, non adeò refragantur Pupillari ſubſtitutioni, vt aliquâ interpretatione adjuta ei accomodari non poſsint, vt conſtat ex ſupra dictis, pręſertim *num*.463. Maximè verò procedit dicta communis ſententia, ſi dictũ ſit; *Succedat in omnibus bonis meis*, vel, *bona mea deueniant pleno jure ad Titium*; vel, *deueniant abſque vlla diminutione*; cùm talia verba repugnent naturæ ſubſtitutionis Fideicommiſſariæ, propter legitimam, & quartam Trebellianicam, quę detrahuntur, quando eſt Fideicommiſſaria. Mantica *d. tit. 7. num*. 10. *& ſeq*. Fuſar. *d q*.108.*num*.3. *poſt Præt*. quem refert.

476 Siquis autem retineat prædictam opinionem contrariam; quæ quidem in pũcto juris, & ſtricta diſputatione verior apparet aduerto, quod Bald. & alij pro ea relati concludunt illam ſubſtitutionem, *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, bona mea deueniant ad Titium*, eſſe Fideicommiſſariam Vulgarem, ſeu ordinariam, & vniuerſalem, juxta terminos *d.l.Cohæredi, §. Quòd ſi hæredem, ff. de Vulgari*, & conſequenter quòd pupillus decedens in pupillari ætate debet reſtituere ſubſtituto paternam hæreditatem detractâ Trebellianicâ. At Emman à Coſta vbi ſupra *num*. 18. cenſet eſſe Fideicommiſſariam Pupillarem, argum. *l. Si Titio, § fin. ff. de Leg*.1. atque adeo quòd decedente pupillo intra pupillarem ætatem non ipſe pupillus, ſed ejus hęres legitimus oneratus cẽſetur reſtituere ſubſtituto bona, quæ teſtatoris fuerunt: quem dicendi modum latè declarat, & ſubtiliter ſtabilire contendit; mihi tamen iſta ſubtilitas nimia videtur, ac ſubinde nimiùm etiam ſuſpecta eſt.

Cæterùm vſque adeò communem ſen-
tentiam veram aliqui exiſtimant, vt di- 477
cant, quòd licèt teſtator vſus eſſet verbo obliquo, adhuc nihilominus ſubſtitutio euaderet Pupillaris directa, vt quando diceret; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate bona mea Titio reſtituantur*. Ita ſentit Aret. *in l*. 1. *num*. 5. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num*.39. & Anton.Rub. *in l. Gallus, §. Quidam rectè, num*. 25. *ff. de Liber. & poſth*. & videtur etiam probare Menoch. *d.præſumpt*.34. *numer*. 10. quorum totum fundamentum videtur eſſe, quia conditio illa, *Si deceſſerit in pupillari ætate*, adeo conuenit Pupillari ſubſtitutioni, vt vim habeat eam inducẽdi ex conjecturata mente teſtatoris, nihil obſtante, quod verbo obliquo ei non cõueniente vſus ſit.

Contrarium tamen, quòd imò talis ſubſtitutio ſit Fideicommiſſaria, tenent 478
meritò Alex. *in l. Centurio, num*.83.*ff. de Vulgari*, & ibi Ceph. *num*. 848. *&* 850. Emman. à Coſta *in d. cap. Si pater*, 3. *p. verb. Pupillares, num*. 17. Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib*. 3. *interpret*.2. *dubit*.1.*ſolut*.6.*num*.70. *pag. mihi*, 96. & Mantica plures referens *lib*. 5 *de Conject. vltim. volunt. tit*.7. *num*. 17. & in nouiſſima edit. *num*.22. quia verbum obliquum nulla ratione conuenit directæ ſubſtitutioni, ſed tantùm Fideicommiſſariæ, cum qua non ita pugnat dicta conditio pupillaris ætatis; cùm inſeruiat ad eam limitandam, vt vltra illam ætatem non excurrat. Putat autem Coſta *ſupra verſ. Denique*, quòd dicta conditio vigebit aſſerere, ſubſtitutionem verbo obliquo factam eſſe Pupillarem obliquam, ex qua ſcilicet legitimus hæres pupilli videatur rogatus ex pupilli hæreditate reſtituere ſubſtituto bona, quæ patris fuerunt; nec in eo caſu detrahendam eſſe legitimam, cùm pupillus ipſe non cenſeatur grauatus, hæres pupilli, quaſi codicillo pupillari, argum. *l. Titio, §. fin. & l. Ab exhæredati ſubſtituto, & l. Quod fideicommiſſum, ff. de*

Digitized by Google

de Leg. 1. Alij tamen hujus ſententiæ auctores ſimpliciter dicunt, hanc ſubſtitutionem eſſe Fideicommiſſariam, planèque intelligunt per eam grauari ipſum pupillum. Quod mihi etiam magis placet, quia non amo ſubtilitates; quæ jure, aut ratione manifeſta non nituntur.

479 Quando autem teſtator diceret; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, reſtituo hæreditatem meam, vel bona mea Titio.* Tunc ſubſtitutionem eſſe directam Pupillarem, admittunt facilè Coſta *ſupra num.* 18. Mantica *dicto tit.* 7. *numer.* 19. *aliàs* 23. Menoch. *d. præſumpt.* 34. *num.* 11. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 63. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 108. *num.* 6. Idque meritò, ſiquidem illud verbum in prima perſona non ſignificat reſtitutionem faciendam mediante alio, cui hæreditas fuerit acquiſita, ſed quòd ipſe teſtator manu ſua illam immediatè confert ſubſtituto, & ſic habet vicem verbi directi; eſtque accomodatũ ad Pupillarẽ ſubſtitutionem inducendam. Inducetur etiam hujuſmodi ſubſtitutio verbis obliquis, quotieſcumque teſtator aliquid addidiſſet, quo ſufficienter ſignificaret ſe velle pupillariter ſubſtituere, vt ſi diceret; *Reſtituat bona, vel hæreditatem Titio, quem pupillariter ſubſtituo:* ſic cum alijs Mantica *d. tit.* 7. *ſub num.* 16. aliàs 21. & Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 64. qui plures referunt.

480 Denique circa prædictam ſententiam communem traditam *num.* 473. aduertendum eſt primò, eam ab aliquibus limitari, vt procedat, quando teſtator non ignorabat filium habere aliqua bona propria: ſecùs verò, ſi id ignoraſſet. Sed hanc diſtinctionem, & limitationem meritò improbant Alex. & Arct. quos citat, & ſequi videtur Mantica *d. tit.* 7. *num.* 11. Aduertendũ ſecundò ex eodem Mantica *d. tit.* 7. *num.* 13. *in nouiſsima edit.* & ex quadam deciſ. Rotæ, quam ibidem refert, alijſque DD ſi teſtator ſolùm enuntiatiuè faceret mentionem ætatis pupillaris, tunc per illa verba, *Deueniant bona mea ad Titium,* non induci Pupillarem ſubſtitutionem, ſed Fideicommiſſariam: vt ſi teſtator diceret; *Inſtituo filium meum impuberem, & per ejus mortem deueniant bona mea ad Titium,* nam tunc reſtrictio ad bona teſtatoris præualet, vt debeat intelligi potiùs ſubſtitutio Fideicõmiſſaria, per quam ſucceditur in bonis teſtatoris; quam Pupillaris, per quam ſucceditur in bonis pupilli.

Quartus caſus eſt, quando teſtator ita 481
diceret; *Si filius meus in pupillari ætate abſque liberis deceſſerit, ſubſtituo Caium.* In hoc caſu prima ſententia eſt, talem ſubſtitutionem eſſe Pupillarem. Ita ſentit Barth. *in l. Centurio, numer.* 17. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 27. Socin. ſen. *num.* 4. Jaſ. *num.* 33. *& ſeq.* Alciat. *num.* 11. *& ſeq.* Zaſ. *num.* 4 & 5. & Socin. jun. *num.* 227. Cuman. *conſil.* 125. Paris. *conſil.* 73. *num.* 24. *lib.* 2 Ripa *in l.* 2. *num.* 39. *ff. de Vulgari* Rimin. jun. *in l. Precibus, num.* 269. *Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Coſta *in cap. Si pater, p.* 3. *verb. Verbis, num.* 4. Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 11. *tit.* 1. *num.* 3. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 4. *ſub num.* 3. *verſ. Tertius, & vltimus,* licèt loquatur, quando dictum eſt, *Si ſine liberis deceſſerit, Titius ſit hæres:* idem nanque in præſenti caſu valet (*Subſtituo Titium,* atque, *Sit hæres Titius,*) & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 111. *num.* 1. Probatur primò, quia illa verba, *Si ſine liberis deceſſerit,* verificari poſſunt in filio decedente intra pupillarem ætatem, vt per ſe conſtat, nec debent cenſeri ſuperflua, ſi ad eam ætatem reſtringuantur, quaſi impoſsibile ſit filios procreari ab eo qui ad pubertatem non peruenerit, nam conſtat hoc poſsibile eſſe, & interdum euenire. Ergo cùm in præſenti caſu tam verba, quàm perſona Pupillari ſubſtitutioni conueniant, hæc cenſenda eſt ibi contineri, argum. text. *in cap. Si pater, de Teſtament. in* 6. Secundò, quia conditio, *Si ſine liberis deceſſerit,* ineſt tacitè in Pupillari ſubſtitutione, cùm eo ipſo quòd pupillo filius naſcatur, talis ſubſtitutio expiret, licèt fuerit facta abſque expreſsione illius conditionis, Barthol. *in l. In pupillari, circa fin. ff. de Vulgari, l. Generaliter, §. Cum au-*

autem, Cod. de Inſtitut. & ſubſtitut. ſub condit. fact. l. Cùm acutiſſimi, Cod. de Fideicomiſ. & l. Cùm auus, ff. de Condit. & demonſtr. & conſequenter nihil ejus expreſsio operatur ex generali regula, quod expreſsio eorum, quæ inſunt tacitè, nihil operatur, *l. 3. ff. de Leg. 1.* Atqui ſi teſtator diceret; *Si filius meus in pupillari ætate deceſſerit,* non exprimendo, *Sine liberis,* talis ſubſtitutio eſſet ſimpliciter Pupillaris, vt nemo diffitetur, & conſtat ex ſupradictis: ergo idem eſt dicendum, quando expreſsit conditionem, *Sine liberis,* ſiquidem talis expreſsio nihil operatur.

Secunda ſententia eſt, in caſu pro-
482 poſito fieri ſubſtitutionem Compendioſam, quę ſcilicet, decedente filio abſque liberis ante pubertatem, ſit Pupillaris, & poſt pubertatem Fideicommiſſaria. Ita ſentiunt Bald. *conſil:* 373. *lib.* 2. Caſtro *conſil* 43. *lib.* 2. Alex. *conſil.* 43. *num.* 7. *lib.* 2. Decius *conſil.* 572. *num.* 1. *& in l. Generaliter, num.* 1. *Cod de Inſtitut. & ſubſtitut.* Ruin. *conſil* 103 *num.* 23. *lib.* 2. Curt jun *in l. Precibus, num.* 66. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & plures alij, quos citat, & ſequitur Menoch. *de Præſumption. lib* 4. *præſumpt.* 51. *numer.* 12. vbi in fine dicit hanc eſſe communem, & veram opinionem, licèt diſſentiant nonnulli. Fundamentum eſt, quia non eſt præſumendum, quod teſtator appoſuerit conditionem, *Si ſine liberis,* reſpiciendo ad tempus ætatis pupillaris, & non magis ad tempus, quo filius jam eſſet pubes, ac ſi dixiſſet, *Si in pupillari ætate, vel factus pubes abſque liberis deceſſerit;* ſiquidem ſecundùm ordinariam legem naturę ſolus pubes eſt potens ad generandum: & licèt non ſit omninò impoſsibile impuberem quoque filios procreare, vt aliquando contigiſſe dicitur, id eſt rariſsimum, & non præſumitur quòd teſtator de tali caſu cogitauerit; cùm raro contingentia in conſideratione haberi non ſoleant.

483 Maximè verò procedit hæc ſecunda ſententia, quando teſtator dixiſſet; *Si deceſſerit in pupillari ætate, & ſine liberis.* In quo caſu hanc ſententiam amplectitur Trentacinq. *de Subſtit, p. 4. cap. 9. ſub num.* 23. *verſ. Quæ concluſio,* vbi pro eadem refert Paul. Caſtr. & Ripam. Tunc enim ex illo dicendi modo faciliùs intelligitur, conditionem, *Sine liberis,* reſpicere tempus poſt pubertatem, perinde ac ſi dictum eſſet, vel, *Sine liberis,* cùm pro ſaluanda mente defuncti nouum non ſit, copulatiuam reſolui in disjunctiuam, & econtra, *l Generaliter, Cod de Inſtit. & ſubſtit. l. Lucius, 2. ff. de Hæred. inſtit.* At etiam in hoc caſu fieri tantùm ſubſtitutionem Pupillarem, ſentiunt multi, quos citat, & ſequitur Fuſar. *d. q.* 111. *num.* 4. Et quidem tenendo primam ſententiam principalem traditam, *num.* 481. ita videtur affirmandum ex rationibus pro ipſa prima ſententia, adductis, quæ in hoc etiam caſu militant, vt conſideranti patebit.

Tertia ſententia eſt, illam ſubſtitutionem eſſe omni tempore Fideicommiſſa- 484
riam, & ſic non eſſe Pupillarem, nec Compendioſam. Hanc ex Baldo, & Boer. refert Fuſar. *d. q.* 111. *num.* 3. & videtur fũdari in eo, quod conditio, *Si ſine liberis,* non congruit pupillari ætati, vt notat *Gloſ. in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & de ſe magis inducit ſubſtitutionem Fideicommiſſariam, vt docet Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. tit.* 1. *num.* 2. poſt Bald. *conſil.* 36. *lib.* 2. *& conſil.* 55. *num.* 5. *lib.* 3. At hæc ſententia, & ejus fundamentum facilè refellitur ex traditis per eundem Mantic. *d. tit.* 1. *num.* 3. vbi aduertit, quòd per hanc conditionem non excluditur Pupillaris ſubſtitutio, ſi alia verba conueniant, vt conſtat *per cap. Si pater, de Teſtament. in 6. & l. Centurio, ff. de Vulgari,* eſtque communis DD. opinio, à qua pauci recedunt.

Prima verò, & ſecunda ſententia vtra-
que eſt ſatis probabilis: ſecunda tamen videtur præferenda; à qua fortaſſe non diſ- 485
ſentiunt multi pro prima ſententia relati, vt Coſta, Mantica, & alij aſſerentes ſimpliciter, in caſu propoſito per conditionem, *Si ſine liberis deceſſerit,* non tolli quominus ſubſtitutio ſit Pupillaris: ſiquidem

dem hoc bene poteſt intelligi de Pupillari, prout includitur in Compendioſa. Neque oppoſitum euincunt rationes pro prima ſententia adductæ. Ad primam nanque reſpondetur, licèt verba, *Si ſine liberis*, etiam in impubere verificari poſſint; nec ſit omninò impoſsibile filios procreari ab impubere: attamen cùm hoc ſit inſolitum, & præter ordinariam naturę legem, non præſumi quòd teſtator illa verba expreſsit pro caſu, quo filius decederet ante pubertatem, ſed pro caſu quo decederet pubes: & ſic quòd etiam pro tempore poſt pubertatem ſubſtitutionem fecit, quæ ſubſtitutio eſt Compendioſa. Ad ſecundam reſpondetur, licèt regulariter expreſsio ejus quod tacitè ineſt, nihil operetur; attamen hoc fallere, quando ex circunſtantijs, vel ex ſubjecta materia apparet, expreſsionem fieri attendendo ad aliud vltra tacitum; quod in præſenti euenit, vt ex dictis conſtat.

486 Quintus caſus eſt, quando teſtator ſub expreſſa conditione, *Si filius in pupillari ætate deceßerit*, ei dedit ſubſtitutum in re certa. In hoc caſu dicendum eſt primò, ſi talis ſubſtitutus datus eſt per verbum directum, ac ciuile, vt cùm dictum eſt; *Si filius meus in pupillari ætate deceßerit, ſit ei hæres Titius in fundo Tuſculano.* Tunc eam ſubſtitutionem eſſe Pupillarem directam, & vniuerſalem, ex qua ſubſtitutus non ſolùm ſuccedet in illum fundum, ſed etiam in reliqua bona pupilli ſi is ante pubertatem moriatur: conſtat hoc per *l. Cohæredi, §. vltim. ff. de Vulgari*, eſtque communis ſententia, quam tenent Barthol. *in l. Centurio, numer.* 18. *&* 35. *ff. eod.* & ibi Alex. *num.* 69. Jaſ. *num.* 48. Ripa *num.* 95. Cephal. *num.* 686. *& num.* 832. *& ſeqq.* Caſtr. *in d. l. Cohæredi, §. fin. num.* 3. Alex. *in l.* 2. *num.* 27. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa. *num.* 43. Imola *in cap. Raynutius, num.* 183. *de Teſtament.* & ibi Guilliel. Bened. *in materia Compendioſæ, num.* 41. Bald. *conſil.* 123. *num.* 1. *lib.* 4. Roman. *conſil.* 58. Corn. *conſil.* 94. *lib.* 1. Bald. *tract. de Subſtit. tit. de Compendioſa, numer.* 11. Barth. de Hueio *tract. de Subſtit. cap.* 5. *num.* 8. Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 5. *tit.* 7. *numer.* 22. aliàs *in nouiſsima edit. num.* 26. *& ſeqq.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 51. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 4. *cap.* 2. *num.* 9. & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 116. *num.* 1. qui DD. licèt maiori ex parte loquantur cum dictum eſt; *Quandocunque filius meus deceßerit*, &c. tamen hic caſus quoad præſens inſtitutum non differt ab eo quo dictum eſt, *Si filius meus deceßerit in pupillari*, &c. Ratio vero traditæ reſolutionis eſt, quia verbum directum, & ciuile adjectum rei certæ trahitur ad totum, & inducit inſtitutionem, vt patet *ex l.* 1. *§. Si ex fundo, ff. de Hæred. inſtitut. cum ſimil.* vbi inſtituto hærede in re certa mentio talis rei detrahitur; vt intelligatur inſtitutio vniuerſalis: quod eadem ratione procedit in ſubſtitutione, vt ſimiliter tractatur ad vniuerſũ, vt Juriſconſultus arguit *in d. l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulg.*

Hæc reſolutio ampliatur primò, vt procedat, licèt teſtator dixiſſet; *Sit mihi hæres Titius in fundo*, &c. vt contra Ripam *in l.* 1. *num.* 36. *ff. de Vulgari*; bene probat Mantica *d. tit.* 7. *ſub num.* 29. primò, quia ſicut mentio rei certæ detrahitur, ne impediat vniuerſalitatem inſtitutionis, & ſubſtitutionis factæ per verbum ciuile, *d. §. Si ex fundo, & d. l. Cohæredi, §. fin.* Ita etiam detrahitur dictio, *mihi*, ne impediat Pupillarem ſubſtitutionem, quando alia verba tali ſubſtitutioni conueniunt, vt per *l. Si ita ſcriptum, §. Qui filio, ff. de Bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* & diximus *ſupra, num.* 463. Secundò, quia eſto dictio, *mihi*, non abjiciatur, adhuc poteſt ſuſtineri Pupillaris ſubſtitutio declarando, quòd ſubſtitutus mediâ perſonâ pupilli intelligitur hæres teſtatoris, juxta regulam, *l. vltim. Cod. de Hæred. inſtit.* quòd etiam hæres hæredis cenſetur hęres teſtatoris. Tertiò, quia in dubio, an teſtator voluerit ſubſtituere filio per fideicommiſſum, vel per directam Pupillarem ſubſtitutionem, intelligendum potiùs eſt voluiſſe ſubſtituere per Pupillarem, cùm hæc ſit benignior interpretatio, *cap. Si pater, de Teſtam. in* 6. 487

Obji-

Objicies cum Ripa *ſupra*. In hoc caſu
488 nullum ſequi abſurdum ex eo quòd neque mentio rei certæ, neque dictio, *mihi*, ſubtrahatur: ſiquidem non ſequitur, quòd teſtator decederet pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, qua ratione ceſſante, talis detractio non fit, neque inducitur ſucceſsio vniuerſalis, *l. Quoties, Cod. de Hæred. inſtit.* & omnes, *in d. §. Si ex fundo*. Reſpondetur primò, ſi hæc objectio valeret, inutile euadere argumentum, quo Juriſconſultus vtitur *in d. l. Cohæredi, §. fin.* vbi de inſtitutione facta ex certo fundo, arguit ad ſubſtitutionem ſimiliter factam, vt vtroque caſu detrahatur mentio rei certæ, & inducatur ſucceſsio vniuerſalis: non eſt autem admittendum Jureconſultum male arguiſſe. Reſpondetur ſecundo, negando non ſequi abſurdum, nam cùm ex verbo ciuili directo, & ex pupillari ætate conditionaliter expreſſa (quę eſt propria formæ Pupillaris ſubſtitutionis) ſumatur ſufficiens conjectura, quòd teſtator voluit facere Pupillarem ſubſtitutionem directam, & ſic condere teſtamentum filio, ſi mentio rei certæ non detraheretur, ſequeretur filium decedere teſtatum pro parte, idest, quoad ipſam rem certam, & inteſtatum quoad reliqua bona. Et ſi etiam non detraheretur dictio, *mihi*, vel in aliquo fauorabili ſenſu intelligeretur, ſequeretur per Pupillarem ſuccedi teſtatori, & non ipſi pupillo; ſicque duplex ſequeretur abſurdum. Hanc ſententiam tuetur etiam Trentac. *de Subſt. 4. p. c. 2. n.* 13. vbi pro eadem refert Ripam *in d. l. Centurio, ſub numer. 96. verſ. Vel dato, ff. de Vulg.*

Ampliatur ſecundò, vt procedat, licèt
489 ille fundus Tuſculanus eſſet proprius teſtatoris Sic ampliat Trentac. *d. cap. 2. n.* 11. & probatur, quia ex ipſo verbo directo magis intelligitur, quòd teſtator voluit facere Pupillarem ſubſtitutionem directam, quàm quòd voluerit facere fideicōmiſſum, grauando filium, vt eum fundum reſtitueret; nam verbum directum, non trahitur ad ſignificationem obliquam, *l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari*. Confirmatur, quia in dubio potiùs cenſendum eſt, quòd voluit facere ſubſtitutionem Pupillarem, quæ eſt fauorabilis filio, quàm quòd voluerit illum grauare fideicommiſſo, quòd eſt odioſum.

Ampliatur tertiò, vt procedat, licèt ipſe filius inſtitutus fuerit in eadem re 490
certa, vt ſi dictum ſuit; *Inſtituo filium meum hæredem in fundo Tuſculano, & ſi ille deceſſerit in pupillari ætate, Titius ſit hæres in tali fundo*: nam tunc etiam ſubſtitutio eſt directa Pupillaris, & trahitur ad omnia bona pupilli. Ita Polit. *tract. de Subſtitut. tit. de Compendroſa, numer.* 26. Coſta illum ſequens, & magis explicans *in cap. Si pater, 3. p. verb. De filio ad filiam, ſub num. 20. verſ. Ego verò*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 7. num. 26. in nouiſsima edit.* aliàs *num.* 22. dicens id non recipere dubitationem, & conſtat manifeſtè per text. *in d. l. Cohæredi, §. vlt. ff. de Vulgari*, vbi id notat Caſtr. *n.* 3. eſtque veriſsima ſententia, quæ etiam probatur ea ratione, quia ſubſtitutio regulatur per inſtitutionem; inſtitutio autem facta in re certa per verbum ciuile directum trahitur ad vniuerſum, detracta mentione rei certæ: ergo ſimiliter ſubſtitutio ei reſpondens facta ſimiliter in re certa per verbum ciuile directum ad vniuerſum trahitur; & cùm ſit facta pupillo ſub conditione, *Si deceſſerit in pupillari ætate*, euadit ſimpliciter Pupillaris directa, & vniuerſalis.

Intelligitur autem præfata reſolutio 491
principalis cum omnibus ſuis ampliationibus, niſi vltra ſubſtitutum in re certa, datus ſit alius vniuerſalis: tunc enim non trahitur ſubſtitutio ad vniuerſum ſed habet vicem legati: ſic Bald. *conſil. 170. lib.* 1. & ex eo Prætis *loco ſupra citato*, atque à cæteris vt certiſsimum ſupponitur; quia ipſa etiam inſtitutio facta in re certa, ſi datus ſit cohæres vniuerſalis, ad totum non trahitur, *l. Quoties, Cod. de Hæred. inſtit.* & ibi omnes. Vnde etiam aduertit bene Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap. 2. num.* 12. cum Baldo, quem ibidem

refert, ſi filius fuit inſtitutus in re certa, & illi datus eſt cohæres vniuerſalis, tunc etiam ſubſtitutionem illi factam non eſſe Pupillarem, nec trahi ad vniuerſum: quia in tali caſu inſtitutus habetur loco legatarij, vt per *d. l. Quoties*, & ſic ſubſtitutio cenſetur illi facta tanquam legatario, ipſeque rogatus cenſetur, vt illam rem certam, ſeu legatarius reſtituat.

492 Secundo principaliter in propoſito caſu dicendum eſt, ſi ſubſtitutio illa ſit facta per verbum commune, vt cùm dictum eſt, *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, fundus Tuſculanus deueniat ad Titium*, vel, *Titius ſuccedat in tali fundo*, tunc non eſſe ſubſtitutionem Pupillarem, neque vniuerſalem, ſed quoddam fideicommiſſum particulare, ex quo ſubſtitutus ſolùm poteſt petere illum fundum, moriente pupillo ante pubertatem. Ita communiter ſupponunt DD. *in d. l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgari*, quatenus ibi diſtinguunt inter verbum directum ciuile, & non ciuile vel commune; & reſtringunt deciſionem illius textus ad ſubſtitutionem per verbum directum ciuile factam: decidit enim ille textus, eſſe Pupillarem ſubſtitutionem, quando dictum eſt; *Si filius meus deceſſerit ante pubertatem, in partem ejus* (certam videlicet quantitatem) *Titius hæres eſto*, expreſsè autem ſic reſoluunt Barthol. *in l. Centurio, numer.* 33. *& ſequentib.* & ibi Ripa *numer.* 154. Bald. *conſil.* 140. *lib.* 1. *& conſil.* 170. *eod. lib. & conſil.* 296. *lib.* 4. Corn. *conſil.* 40. *numer.* 4. *lib.* 3. & latiùs *conſil.* 94. *lib.* 1. Caſtr. *conſil.* 114. *col. vltim. lib.* 1. multique alij, quos citant, & ſequuntur Coſta *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. De filio ad filiam, numer.* 20. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *ſub numer.* 12. *& in nouiſsima edit. ſub numer.* 16. *verſ. Amplius dico, & ſeq.* Peregrin. *de Fideicommiſsis, artic.* 34. *numer.* 55. & Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 241. *numer.* 36. Fundamentum eſt, quia verbum commune adjectum rei, aut quantitati certæ, non trahitur ad vniuerſalem inſtitutionem, vel ſubſtitutionem directam, vt probat text. *in l. Cogi, §. Generaliter, verſ. Inde quæritur, & ibi DD. ff. Ad Trebel.* & ſic in caſu præſenti non inducit Pupillarem ſubſtitutionem, ſed tantùm fideicommiſſum particulare.

Non eſt autem hæc reſolutio adeò certa, vt contraria non ſit etiam valde probabilis, quod ſcilicet verbum commune in præſenti caſu non tollat quominus inſpecta voluntate teſtatoris, ibi contineatur directa, & vniuerſalis ſubſtitutio Pupillaris: quam ſententiam tenent Angel. *conſil.* 148. *numer.* 5 Socin. ſen. *conſil.* 117. *lib.* 4. Marian. Socin. jun. *conſil.* 95. *per tot. lib.* 1. vbi dicit, hanc eſſe hodie magis communem opinionem, Aret. *in l.* 1. *col.* 5. *ff. de Vulgari*, & ibi Caſtr. *numer.* 4. Socin. ſen. *numer.* 11. Alciat. *numer.* 166. *& ſeq.* Pratis *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dub.* 1. *ſolut.* 6. *numer.* 76. *pagina mihi*, 97. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 2. *numer.* 28. & plures alij, quos adducit Fuſar. *dict. quæſt.* 241. *numer.* 33. Ducuntur ea ratione, quia verba illa, *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate*, indicant teſtatorem voluiſſe pupillariter ſubſtituere; cùm in illis reluceat forma ſpecifica hujus ſubſtitutionis: vbi autem tenemus mentem, & verba teſtatoris volentis facere Pupillarem ſubſtitutionem nihil officit, quòd ille vſus ſit verbo communi: nam hoc verbum ſit directum, & aptum ad inducendam inſtitutionem, & ſubſtitutionem directam, & vniuerſalem, quando ex alijs verbis adjunctis ad eam determinatur: in præſenti autem ſufficienter ex prædictis verbis ad Pupillarem determinatur, ac proinde ſit directum, & ſufficiens vt mentio rei certæ, cui adjectum eſt, detrahatur, & directa vniuerſaliſque ſubſtitutio Pupillaris inducatur, juxta *dict. l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgari*, præſertim cùm talis ſubſtitutio ſit fauorabilis, pro qua in dubio facienda potiùs eſt interpretatio, quàm pro fideicommiſſo, vt ſæpius dictum eſt. 493

Con-

494 Confirmatur, nam hoc ferè fundamento reſoluimus ſupra, *numer.* 473. cum Barth. & alijs contineri Pupillarem, quando dictum eſt; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, bona mea deueniant ad Titium.* Eadem quippe in illo caſu, & in præſenti videtur eſſe ratio; nam etiam quando teſtator ſubſtituit pupillariter in bonis ſuis, vel etiam in hæreditate ſua, cenſetur facere ſubſtitutionem in re certa: ſiquidem ſubſtituendo pupillariter facit teſtamentum loco filij, quod perinde habetur, acſi ipſe filius teſtaretur, *l. Patris & filij, ff. de Vulgari:* quando autem quis in ſuo teſtamento relinquit alicui bona, vel hæreditatem, quæ ad ſe ab aliquo tertio peruenit, cenſetur facere relictum particulare, ſeu in re certa, *l. Ex facto, §. 1. ff. de Hæred. inſtit. l. Cum filius, §. Lucio,* & ibi Barth. *numer. 2. ff. de Legat. 2. & l. Cogi, §. Sed & ſimiles, verſ. Et quamuis, ff. Ad Trebel.* Socin. ſen. *in l. 1. numer.* 11. *Ad med. ff. de Vulgari.* Trentacinq. *dict. cap. 2. ſub numer.* 29. Fuſar. *dict. quæſtion.* 241. *numer.* 40. & cum multis alijs Peregrin. *de Fideicommiſſis, artic. 5. numer.* 42. Ergo ſi nihilominus ſubſtitutio facta pupillo in bonis teſtatoris per verbum commune, *Deueniant*; trahitur ad vniuerſum patrimonium pupilli, & cenſetur Pupillaris directa, propter dicta verba, *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate:* idem pariter dicendum eſt quando ſub eiſdem verbis, & terminus facta eſt in certo fundo, vel ſimili re certa.

495 Hæc ſententia, vt dixi, eſt ſatis probabilis; ſed tamen non audeo recedere ab oppoſita, quam video eſſe communiter receptam. Quare ad fundamentum hujus ſecundæ opinionis reſpondeo, verum quidem eſſe, ſi ſufficienter conſtiterit voluntatem teſtatoris eſſe facere ſubſtitutionem Pupillarem; non debere obſtare verbum commune, neque mentionem rei certæ, quominus illa ſubſtitutio inducatur; quia voluntas verbis præualet, vt omnes facilè admittunt, & notat in ſpecie Mantica, *vbi ſupra, verſ. Sed hoc debet.* Ceterùm in præſenti negamus, ex ſola commemoratione ętatis pupillaris, ſufficienter conſtare, quod illa fuerit teſtatoris voluntas, cùm verbum commune rei certæ adjectum valde refragetur; & alioqui ipſa conditio ætatis pupillaris alium effectum valde proprium habere poſſit, reſtringere ſcilicet fideicommiſſum illius rei certæ ad caſum quo pupillus ante pubertatem decedat.

Ad confirmationem fundatam in æqui- 496
paratione præſentis caſus cum alio, quo teſtator per verbum commune fecit ſubſtitutionem reſtrictam ad bona ſua, reſpondet Coſta *d. num. 20, verſ. Ego verò, poſt med.* eſſe longè diuerſam rationem in his caſibus; eam tamen neque ibi, neq; alio in loco aſſignat. Dicendum autem videtur, quòd licèt in ſtricta diſputatione vtroque in caſu ſubſtitutio videatur facta in re certa, nihilominus quando eſt facta in bonis teſtatoris, habet figuram vniuerſalis, & ita rectè verbum commune ibi accipitur pro directo, vt inducat ſubſtitutionem directam & vniuerſalem, juxta communem regulam, quòd verbum commune adjectum vniuerſalitati bonorum eſt directum, & inducit directam, & vniuerſalem diſpoſitionem. In præſenti verò caſu ne figura quidem apparet vniuerſalis diſpoſitionis, cùm ſubſtitutio ſit facta in re particulari & certa, vt in certo fundo, vel quantitate. Et ideo non poteſt verbum commune ei adjectum trahi ad vniuerſalem & directam ſubſtitutionem, etiam ex benigna interpretatione.

Quæ hactenus dicta ſunt circa ſubſti- 497
tutionem factam in re certa per verbum cõmune, pari modo procedũt in ſubſtitutione facta per verbum directum non ciuile; quia in præſenti materia verbum commune, & verbum directum non ciuile à pari procedunt, vt ex communi DD. maximè verò ex Barth. *in d. l. Centurio, num. 18. & 35. ff. de Vulgari*; aduertunt Peregrin. *de Fideicommiſſis, artic. 34. numer.* 49. Trentacinq. *dict. cap. 2. numer.* 7. & Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 116. *numer.* 17. Vnde qui tenent, non induci ſubſtitutionem Pupillarem,

quando teſtator in re certa ſubſtituit per verbum commune; idem etiam tenent quando ſubſtituit per verbum directum non ciuile, vt videre eſt apud Peregrin *d. artic.* 34. *numer.* 55. & alios ſupra cit. Vt autem ſcias, quæ verba cenſeantur directa non ciuilia. Dico breuiter, verba directa abſolutè eſſe illa, quæ important, vt is cui relinquitur, auctoritate ſua abſque miniſterio alterius relictum accipere poſſit, ſic definit Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 43. cum Gloſ. *in l. Eam quam, verb. Directis, Cod. de Fideicommiſſis, & in l. Omne verbum, Cod. Communia de legat.* hujuſmodi autem verba, quædam ſunt jure Ciuili introducta, vt tribuant honorato jus hæreditarium; & hæc dicuntur ciuilia directa, ut cùm teſtator dicit, *Inſtituo Petrum hæredem*, vel, *Petrus hæres eſto*, ita ſumitur ex Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 15. & tradit Latiùs Peregrin. *d. artic.* 34. *numer.* 49. vbi plura exempla hujuſmodi verborum ciuilium adducit. Quædam verò ad tale jus tribuendum determinata non ſunt, & hęc dicuntur directa non ciuilia, taliaque cenſentur, quæ diriguntur ad ipſum honoratum, vt ille manu ſua capiat, & non ab alio: ſic idem Barthol. *numer.* 16. vbi exemplum ponit in verbo, *Accipiat*, & in verbo, *Capiat*, & in verbo, *Moriatur*, juxta *cap.* 1. *ibi, filiæ moreretur, de Teſtament. in 6.* etiam infra *num.* 18. verba directa non ciuilia dicit eſſe, quando teſtator diceret, *Tali pondere ſit talis, & ſimilia.* Quæ ſint verba communia, vel obliqua diximus *diſp. præced. ſect.* 3. *numer.* 24. & videri pro eis, poſſunt DD. ibidem allegati.

Sextus caſus eſt, quando nulla facta
498 mentione ætatis pupillaris, pater ſubſtituit filio impuberi in forma Compendioſæ, *Vt quandocumque filius meus deceſſerit*, vel, *poſt ejus mortem*, &c. In hoc caſu multiplici diſtinctione opus eſt. Nam vel ſubſtitutio facta eſt à milite, ſeu eo, qui gaudebat priuilegijs militaribus; vel facta eſt à pagano. Si à milite, valet vt Pupillaris infra tempus pubertatis, ſi facta eſt per verba directa, aut communia. Conſtat hoc per text. *in d. l. Centurio, ff. de Vulgari, & in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut. & in cap. Si pater, de Teſtament. in 6.* eſtque concluſio indubitata per illa jura apud omnes interpretes, & DD. vt notat Peregrin. *de Fideicommiſſis, art.* 34. *numer.* 20. vbi ex Barthol *in d. l. Centurio, numer.* 12. aduertit hanc reſolutionem procedere, licèt mater ſit in medio, vt eſt caſus in dictis textibus.

Si facta eſt à pagano, diſtinguen- 499
dum rurſus eſt, an ſit facta per verba directa, vel per communia. Et ſi quidem facta ſit per directa ciuilia, aut non ciuilia, fatentur omnes valere ſimpliciter, vt Pupillarem, quæ etiam habeat effectum aduerſùs matrem pupilli: per text. *in dict. l. Precibus*, qui non ſolùm procedit in ſubſtitutione facta à milite, ſed etiam in facta à pagano, vt bene declarat Peregrin. *dict. artic.* 34. *numer.* 21. *& per text. in dict. cap. Si pater*, ex quo hæc concluſio apertiùs probatur, quatenus admittit ſufficere verbum directum non ciuile ad Pupillarem in propoſito caſu inducendam; cùm ibi reperiatur inducta per verbum, *Moriatur*, quod eſt directum non ciuile. Si autem facta eſt per verba communia, vt per verbum, *Subſtituo*, vel, *Succedat*, aliudue ſimile, diſtinguendum adhuc eſt. Nam vel eſt facta appoſito aduerbio diſtributiuo, *Quandocumque*, vt ſi dictum eſt, *Quandocumque filius meus deceſſerit ſubſtituo Caium*, vel, *ſuccedat ei Caius*: vel facta eſt ſimpliciter in caſum mortis, ſeu ſub conditione mortis, vt, *Cum morietur*, vel, *poſt ejus mortem, ſubſtituo, &c.*

Si primo modo facta eſt, ideſt, appoſi- 500
to adverbio, *Quandocumque*, recepta ſententia eſt, continere Pupillarem expreſſam, ſaltem verbis generalibus. Ita in ſpecie tenent Jacob de Aren. & Cynus *in d. l. Precibus*, prout eos refert Barth. *in d. l. Centurio, n.* 26. tenent etiam Fulgoſ. *conſil.* 33. *in fine*, Corn. *conſil.* 138. *n.* 7. *lib.* 3. Rip. *in d. l. Centurio, n.* 139. *ff. de Vulgari*, &

& ibi Alciat. n.90. Sfortia Odd. *tract. de Compendioſa, p.5. art. 3. num.* 21. Franc. *in cap. Si pater, col.45. verſ. Item adde, de Teſtam. in 6.* Menoch. *de Præſumption. lib.4. præſumpt.* 34. *num.* 5. *vbi in fine,* dicit hanc eſſe receptam opinionem, Peregrin. *de Fideicommiſſis, art.*34 *num.* 23. vbi dicit, minùs dubitationis eſſe in hoc caſu, quàm cùm ſimpliciter eſt facta ſub conditione mortis, Fuſar. *de Subſtit. q.* 106. & alij, quos refert. Admittit etiam hanc ſententiam Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.5. tit.7. in nouiſsima edit. num.*16. quando verba ſunt relata ad perſonam filij impuberis, vt ſi dictum fuit, *Quandocumque filius meus deceſſerit, ei ſubſtituo Titium*; vel, *et ſuccedat Titius,* pro qua reſolutione adducit Bald. *in l. vlt. num.*17. *verſ. Idem dico, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Fulgoſ. *d. conſil.* 33. *num.* 1. *verſ. Nunc autem.* Lanfranc. *in d.l. Centurio, num.*14. & Ripa ibid. *numer.* 139. Tenere etiam hanc ſententiam debent, qui abſolutè admittunt in Compendioſa facta impuberi verbis communibus contineri Pupillarem, pro qua opinione plurimos refert, eos ſequens Trentacinq. *tract. de Subſtit. p.4. cap.*11. *ſub num.*3. & Fuſar. *de Subſtitut. q.*241. *in princ. juncto num.*10. *verſ. Ego quidem.*

501 Fundamentum hujus reſolutionis proprium deſumitur ex illo aduerbio, *Quandocumque*, quia per illud fit diſtributio temporum in generali, *l. Sicut in annos, in princip. ff. Quibus mod. vſusfruct. amit.* & tantum operatur generalis diſpoſitio in vniuerſo, quantum particularis in particulari, *l. Si chorus, ff. de Legat.* 3. conſtat autem, quòd ſubſtitutio Compendioſa facta cum diſtributione temporum in particulari continet Pupillarem; licèt ſit facta per verbum commune, vt quando dictum eſt; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, vel poſtea quandocumque, ſubſtituo Caium*, Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 26. *in princip.* & omnes. Confirmatur, quia ſermo diſtributiuus temporis relatus ad perſonam, in qua ſecundùm varietatem temporum poteſt diuerſimodè operari, debet intelligi ſecundùm conditionem ipſius perſonæ, *l. Ad plenum, §. Equitij, ff. de Vſu, & habit.* ergo in præſenti diſtributio illa temporum inducta per dictionem, *Quandocumque*, operari debet diuerſas ſubſtitutiones, juxta conditionem perſonæ, cui ſubſtituitur, vt ſcilicet ſit Pupillaris ſi inſtitutus decedat in pupillari ætate, & Fideicommiſſaria ſi decedat pubes. Cæterùm Barthol. *dict. numer.* 26. hoc fundamentum non admittit, nec vult quòd per dictum aduerbium, *Quandocumque*, verbo communi adjunctum inducatur Pupillaris, niſi ſimul concurrat aliqua conjectura, quæ juuet ad colligendum, eam fuiſſe voluntatem teſtatoris; negat enim dictionem, *Quandocumque*, operari in præſenti materia diſtributionem têporum, cùm non adjiciatur actui iterabili, ſicut *in d. l. Sicut in annos*, vbi apponitur in actu, qui poteſt pluries exiſtere: idemque, teſte eodem Bartholo, tenent fere omnes antiquiores, quibus ex recentioribus accedunt Ripa, Odd. Sfort. & alij, quos refert Peregrin. *d. num.* 23. *in fine*, qui illam conſiderationem de diſtributiuo, *Quandocumque*, ſimiliter rejiciunt. Nihilominus tamen illa conſideratio mihi videtur ſatis probabilis. Si autem rejiciatur, cenſebitur ſubſtitutio, ac ſi eſſet facta ſimpliciter in caſum mortis, de qua ſtatim dicemus. Neque verò Barthol. præfatam reſolutionem omninò improbat: eam nanque admittit, ac defendit; *numer.* 28. *& ſeqq.* quando mater pupilli non eſt in medio.

Si verò facta eſt ſecundo modo, ſcilicet, in caſum mortis ſimpliciter, 502
maior apparet difficultas; ſed tamen communis reſolutio eſt, talem ſubſtitutionem valere jure Pupillaris ante pubertatem inſtituti, vt videre eſt apud Peregrin. *dict. artic.* 34. *num.* 24. vbi pro ea ſub his terminis, refert Gloſ. *in §. Qua ratione, Inſtit. de Pupillari.* Barthol. Angel. Imol. Paul. Caſtr. Alex. Aret. Iaſ. Ripa, Alciat. & Socin. jun. *in d.l. Centurio*, item eundem Barth. Bald. Angel. Salicet. Paul. Caſtr.

Alex. Corn. Iaſ. Curt. jun. Cauialup. Tapia, & plures alios modernos *in d. l. Precibus, C. de Impuber. & al. ſubſtit.* Eandem ſententiam magis probant Polit. *tract. de Subſtit. rubric. de Compendioſa, num.29. & 30.* Leon. *in ſuo etiam tract. de Subſtitution. vbi de Compendioſa, numer.386. & ſeqq.* Menoch *de Præſumpt. 54.num.1. juncto num. 17. verſ. Eſt itaque* vbi dicit hanc eſſe veram, & magis receptam opinionem, Trentacinq. *d cap. 11. ſub num. 3.* Fuſar. *d. q. 241. ſub num. 10.* alijque innumeri, quos refert idem Fuſar *d q.241. in princip* qui omnes ſimpliciter admittunt in Compendioſa facta impuberi verbis communibus à pagano contineri Pupillarem pro caſu mortis intra ætatem pupillarem.

Probari ſolet hæc ſententia per text. *in*
503 *d.l. Precibus,* & *in cap. Si pater, de Teſtament. in 6.* prout hos textus inducunt, ac declarant Leon. Peregrin. & alij: ijs autem, alijſque fundamentis omiſsis, quæ à citatis DD. afferuntur, optima ratio hujus ſententiæ eſt, quia ſubſtitutio Compendioſa facta impuberi in caſum mortis, quanuis ſit facta ſimpliciter, & per verbum commune, complectitur vtrumque tempus, & ante & poſt pubertatem, vt ſcilicet locum habeat tam in caſu, quo pupillus moriatur in pupillari ætate, quã, quo moriatur poſtea, ipſumque verbum commune ad vtrunque illud tempus refertur, & perinde valet acſi teſtator diceret; *Siue filius meus moriatur in pupillari ætate, ſiue moriatur poſtea, ſubſtituo Caium, vel ſuccedat ei Caius,* quatenus autem eſt relatum ad tempus ante pubertatem inducit potiùs Pupillarem ſubſtitutionem, quàm Fideicommiſſariam: nam licèt ſecundùm ſe ſit indifferens ad vtrũque, tamen in dubio, vtrùm hanc, vel illam inferat, potiùs præſumitur pro directa, & Pupillari, vt omnes admittunt per text. *in d. cap. Si pater,* & quia eſt fauorabilior ipſi pupillo, cùm per eam habeat hæredem, quàm Fideicommiſſaria, quæ illi inducit onus reſtitutionis. Confirmatur, & declaratur ex ipſa natura, & definitione ſubſtitutionis Compendioſæ, de cujus ratione eſt, vt ſub verborum compendio plures contineat ſubſtitutiones diuerſæ rationis, non quæ ſimul, aut diuerſis temporibus, vna poſt aliam, effectũ habere poſsint, ſed quarum aliqua locum ſit habitura, ſi ejus caſus eueniat, itaut ſi inſtitutus moriatur ante aditam hæreditatem, tunc ſit, & valeat vt Vulgaris: ſi autem poſt aditam decedat in pupillari ætate, Pupillaris; ſi verò decedat poſteà, Fideicommiſſaria: ergo cùm ſubſtitutio, de qua hic loquimur, ſit verè & propriè Compendioſa facta impuberi, profectò ſicut eo moriente ante aditam hęreditatem, valet vt Vulgaris, & ſi moriatur poſt aditam, & poſt ætatem pupillarem vt Fideicommiſſaria, nulla eſt ratio, cur non debeat valere vt Pupillaris, ſi moriatur in pupillari ætate poſt hæreditatem aditam.

Contrariam tamen ſententiam, quòd 504
dicta ſubſtitutio non valeat vt Pupillaris, ſed omni tempore ſit Fideicommiſſaria, ſi inſtitutus moriatur poſt aditam hæreditatem, tenent Gloſ. *in l. Precibus, verſ. Fideicommiſsi, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ibi Bald. *num.38.* & Albert. *numer. 119.* & Gloſ. *in d. l. Centurio, verb. Dumtaxat, ff. de Vulgari,* & ibi Baldus dicens ſic communiter teneri, & Gloſ. *in l. Ex tribus, verb. Directam, Cod. de Inoffic. teſtam.* Azo, *in rubr. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. num.* 18. pluresque alij relati à Trentacinq. *d. cap.11. in princip.* & à Fuſar. *d q 241. num.* 8. quæ opinio ab omnibus ferè antiquis ante Barth. recepta fuit, prout ipſe Barth. teſtatur *in d. l. Centurio, ſub num.* 27. Præcipuum ejus fundamentum eſt; quia verbum reſpiciens plura tempora debet pariformiter diſpoſitionem determinare reſpectu talium temporum, argum. *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & l. Quanuis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* ſed in præſenti idem verbum commune reſpicit plura tempora, nempe tempus ante pubertatẽ, & poſt pubertatem; ergo cùm poſt pubertatem non poſsit eſſe ſubſtitutio Pupillaris, vtroque autem tempore poſsit eſſe Fideicommiſſaria, admittendum non eſt

quòd

quòd illud verbum pro altero tempore inducat Pupillarem, & pro altero Fideicommiſſariam, ſed quod pro vtroque Fideicommiſſariam determinet.

505 Ad hoc tamen facilè reſpondent alterius ſententiæ defenſores, negando illam pariformem determinationem, quando verbum refertur ad tempora diſsimilia, ſeu in quibus eſt diuerſa ratio, ob mutationem perſonæ; nam tunc potiùs contraria regula ſtatuenda eſt, vt verbum debeat determinari, & operari juxta diuerſam conditionem perſonæ in vno, atque alio tempore, *l. Plenum, §. Equitij, ff. de Vſu, & habit. l. Pater Seuerinam, §. Conditionum verba, ff. de Condit. & demonſtr.* diuerſa enim ratio jus reformat, *l. Interpoſitas, Cod. de Tranſaction.* Nec obſtat *d. l. Iam hoc jure, cum ſimil.* nam ibi ſolùm habetur, quòd quando ſubſtitutio facta eſt reciprocè duobus imparibus, ideſt; vni puberi & alteri impuberi, non valet vt Pupillaris reſpectu impuberis, ne detur inæqualitas, ſiquidem in altero Pupillaris ſubſtitutio locum habere non poteſt. Eſt enim hoc ſpeciale in ſubſtitutione Reciproca ex neceſsitate ipſius reciprocationis, quia non operaretur reciprocè, ſi in perſona vnius operaretur aliter, quàm in alia: & ſic non poteſt inde ſumi argumentum ad alios caſus vbi talis neceſsitas, vel alia ſpecialis ratio non apparet; vnde placet quod dicit Polit. *in d. rubr. de Compendioſa, n.* 29. & poſt eum Leon. *in ſuo tract. de Subſtitut. in materia Compendioſæ, num.* 395. ſi inſtitutis duobus imparibus, ſcilicet pubere & impubere, facta eis ſit ſubſtitutio his verbis, *Quandocumque deceſſerint, ſubſtituo Titium*; quòd tunc in perſona impuberis valeret vt Pupillaris intra tempus ætatis pupillaris, licèt in perſona puberis ſemper ſit Fideicommiſſaria, quia in tali caſu nulla eſt ratio, cur non debeat induci diuerſa ſubſtitutio juxta diuerſitatem perſonarum. Oppoſitum tenet Trentacinq. *d. cap.* 11. *num.* 17. poſt Corn. quem refert, dicens talem ſubſtitutionem etiam in perſona impuberis interpretari ſemper Fideicommiſſariam, ne admittatur difformitas: quod non probamus.

Ex prædictis ſententijs prior eſt ſimpliciter præferenda, quia ſolidius habet fundamentum, eſtque hodie magis communis: eam verò variè declarant, ampliant, ac limitant citati DD. vt videri poteſt apud Trentacinq *d cap* 11. *à num.* 8. Menoch. *d. præſumpt.* 54. *à numer.* 14. Peregrin. *d art.* 34. *à num.* 34. & Fuſar. *d q.* 241. *à num.* 14. qui alios referunt. In his autem declarationibus, & limitationibus non oportet hoc loco immorari: commodiùs eas trademus *ſect.* 6. vbi agêdum eſt de ſubſtitutione Compendioſa, in qua prædicta Pupillaris includitur. 506

Septimus caſus eſt, quando teſtator ita dixit; *Inſtituo filium meum Titium, & ſubſtituo Caium.* In hoc caſu ſi filius erat impubes continetur tam Vulgaris, quàm Pupillaris, vtraque verbis generalibus expreſſa. Sic Barth. *in l. Centurio, ſub num.* 32. *verſ. Secundò oppono, ff. de Vulgari*, & ibi Iaſ. *num.* 55. & Ripa, *num.* 149. Caſtr. *in l. Iam hoc jure, §.* 1. *num.* 5. *ff. eod. & in l. Precibus, num.* 12. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ibi Dec. *num.* 15. Emman Coſta plures referens *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Pupillares, numer.* 14. *de Teſtament. in* 6. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 5. *num.* 4. *de Teſtam.* Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumpt.* 34. *num.* 8. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 2. *ſub num.* 8. *verſ. Et cum Baldi fundamentum.* Fuſar. *de Subſtit. q.* 107. *numer.* 1. & alij; quos citant. Probatur per text. *in d. l. Iam hoc jure, & in l. Quanuis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* vbi Reciproca facta his verbis duobus impuberibus; *Inſtituo Titium, & Caium filios meos, eoſque inuicem ſubſtituo:* continet Vulgarem & Pupillarem, non quocunque modo, ſed verbis generalibus expreſſas, vt omnes communiter interpretantur, quibus accedit Ordinat. Luſitan. *lib.* 4. *tit.* 87. *§.* 6. vbi decidit, Pupillarem ſubſtitutionem in dicta Reciproca comprehenſam non eſſe tacitam, ſed expreſſam verbis generalibus. Ratio verò eſt, 507

quia verbum, *Subſtituo*, licèt ſit commune, tamen quando ſimpliciter prolatum eſt, potiùs intelligitur continere ſubſtitutionem directam, quàm indirectam, *d. cap. Si pater, de Teſtament. in 6.* & DD. communiter: ex dictis autem ſubſtitutionibus, tam Vulgaris, quàm Pupillaris congruit perſonæ inſtituti in præſenti caſu: igitur vtraque illo communi verbo ibi comprehenditur, & in generali exprimitur.

508 Ab hac reſolutione in fortioribus terminis diſſentit. Bald. *in d. l. Precibus, num. 48. in fine, Cod de Impuber. & alijs ſubſtit.* vbi ſcribit, non dici Pupillarem expreſſam verbis generalibus, licèt teſtator dixerit; *Filio meo impuberi ſubſtituo Sempronium*; quòd expreſsio impuberis facta ſit demonſtratiuè, & non diſpoſitiuè. At hæc ſententia jam à nobis exelusa eſt, *§. præced. num. 459. & ſeq* vbi vide.

Plures caſus vltra ſupra explicatos afferunt Coſta *in cap. Si pater, 3. p. verb. de Filio ad filiam, & verb. Pupillares, de Teſtam. in 6.* Mantica *de Conject. vlt. volunt. lib. 5. tit. 7. per tot.* Menoch. *d. præſumpt.* 34. Prætis, *de Interpret. vlt. volunt. lib. 3 interpret. 2. dub. 1. ſolut. 6. à num.* 68. & Fuſar. *tract. de Subſtitut. q.* 103. *& ſequentibus*: eos tamen conſultò omitto, quia vel leuioris ſunt momenti, & facilè ex prædictis decidi poterunt, vel rarò, aut nunquam in praxi occurrent. Adhuc verò quemdam alium caſum *ſequenti, §.* adjiciam, qui eſt ſatis celebris, & occaſionem præbet tradendi aliqua ad præſentem materiam ſpectantia, quæ alium commodiorem locum non habent. Quæro igitur.

§. 4. *Si teſtator ita dixit*; Quiſquis mihi hęres erit, ſit hæres filio meo impuberi: *an ibi contineatur Pupillaris expreſſa, vel potiùs expreſſa Vulgaris?*

SUMMRAIUM.

Reſolutur contineri in hoc caſu expreſſam Pupillarem, & tacitam Vulgarem; num. 509.

In ſubſtitutione facta his verbis; Quiſquis mihi hæres erit, ſit hæres filio meo, *ſolùm intelligitur vocatus, qui fuerit hæres ex teſtamento, ſeu ex diſpoſitione teſtatoris: vnde neque pater qui per filium, neque dominus qui per ſeruum hæres extitit, neque hæres hæredis ex tali ſubſtitutione admittuntur; ſecus autem, qui hæres extiterit ex Vulgari ſubſtitutione; num. 510.*

Vtrùm qui fuerit hæres ex Pupillari vni filio facta, admittendus ſit etiam ex Pupillari alteri filio prædictis verbis facta? Reſpondetur affirmatiuè; num. 511. Sed contra; num. 512. Hæc tamen contraria ſententia excluditur; num 513.

Fideicommiſſarius, cui hæreditas reſtituta eſt, non admittitur ex dicta ſubſtitutione, Quiſquis mihi hæres &c. *ſed admittitur ipſe hæres grauatus, neque cogitur emolumentum talis ſubſtitutionis reſtituere fideicommiſſario, numer. 514.*

Vt is, qui hæres extitit, admittatur ex dicta ſubſtitutione, Quiſquis mihi hæres, &c. *duo copulatiuè requiruntur; & quòd hæreditatem aſſecutus ſit ex diſpoſitione teſtatoris, & quòd eam non obtinuerit mediante alio, qui manſerit hæres; num. 515.*

Seruus, per quem dominus, & filius, per quem pater hæres extitit, non manet hæres, etiam nomine, quatenus ille dicitur hæres nomine, penes quem remanent directæ actiones; ibid.

Si teſtator ſubſtituit per hæc verba; Si talis deceſſerit, ſubſtituo hæredes meos infra ſcriptos, *& poſtea inſtituit pauperes per aliquem eligendos; an tales pauperes ex illa ſubſtitutione admittantur? num. 516.*

Aliqui exiſtimarunt contineri in hoc caſu expreſſam Vulgarem; pro qua opinione eitatur Azo, *in ſumma tituli, ff. de Vulgari*, & Dinus *in ſuo tract. de Subſtit.* Vera tamen reſolutio eſt, contineri expreſſam Pupillarem, & taci- 509

tacitam Vulgarem. Ita Gloſ. *in l. Qui liberis, §. Hæc verba, ff. de Vulgari,* & ibi Barth. *num.* 2. & cęteri ſcribentes cõmuniter, Jacob. de Reuend. *in l. Precibus,* vbi etiam Cynus *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 6. *num.* 1. & alij. Ratio eſt, quia in hoc caſu fit ſubſtitutio per quam expreſſè datur hæres filio impuberi: talis autem ſubſtitutio eſt Pupillaris expreſſa, non verò Vulgaris, cùm per Vulgarem ſuccedatur teſtatori, & ſolùm per Pupillarem ſuccedatur pupillo, ſeu impuberi. Additur autem, ibi contineri Vulgarem tacitam, ex generali regula, quòd in Pupillari expreſſa tacitè continetur Vulgaris, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.*

510 Circa hunc verò caſum inquires, quinam hæres cenſeatur vocatus in d. ſubſtitutione, per illa verba; *Quiſquis mihi hæres erit?* Reſpondetur eum tantum, qui eſt hæres ex teſtamento, ſeu ex diſpoſitione, & judicio teſtatoris, vocatum cenſeri, atque ex tali ſubſtitutione admitti. Ita expreſsè habetur, *in l. Qui liberis, § Hæc verba, ff. de Vulgari,* & ibi Barthol. cæterique ſcribentes latè declarant. Hinc ſequitur, quòd neque pater qui per filium, neque dominus qui per ſeruum hæres extitit, neque hæres hæredis, ad talem ſubſtitutionem admittuntur, vt in eodem textu ſubjicitur, reddita ratione; quia nõ veniunt ex judicio, ſeu voluntate teſtatoris. Sequitur præterea, qui hęres extiterit ex Vulgari ſubſtitutione, vocatum cenſeri per dicta verba; *Quiſquis mihi hæres,* &c. vt aduertit Barth. *in d §. Hæc verba, num.* 6. & patet, ſiquidem is verè eſt hæres ex teſtamento, & voluntate teſtatoris. Vnde ſi teſtator inſtituit plures hæredes, vltra filium impuberem, & huic ſubſtituit pupillariter per dicta verba, alijs verò hæredibus ſubſtituit vulgariter Sempronium, in tali caſu, ſi ille impubes decedat in pupillari ætatē, & alij hæreditatem repudient, Sempronius qui loco iſtorum fuerit hæres ex Vulgari, ſuccedet impuberi ex Pupillari.

511 Dubium verò eſt, vtrùm etiam qui fuerit hæres ex Pupillari ſubſtitutione admittendus ſit ex ſubſtitutione prædictis verbis factâ? Caſus eſt, quando teſtator habens, v.c. duos filios impuberes, vni ſubſtituit pupillariter Caium, alteri verò ſubſtituit per dicta verba; *Quiſquis mihi hæres erit,* &c. & mortuo primo in pupillari ætate ei ſucceſsit Caius ex ſubſtitutione; poſt à verò deceſsit ſecundus, etiam ante pubertatem, & dubitatur: Vtrum idem Caius ei etiam debeat ſuccedere, ex vi ſubſtitutionis prædictis verbis factæ? Et ratio dubitandi pro parte negatiua eſt, quia iſte pupillaris ſubſtitutus non eſt immediatus hæres teſtatoris, ſed eſt hæres hæredis immediati, nempe illius primi pupilli qui patri fuit hæres, & in pupillari ætate prius deceſsit: conſtat autem, quod hęres hæredis non venit in dicta ſubſtitutione, *Quiſquis mihi hæres erit,* &c. *d. §. Hæc verba.* Nihilominus tamen partem affirmatiuam tenet Barth. *in d. § Hæc verba, num.* 1. & ibi Salicet. Cuman. Paul. Caſtr. Alex. & alij, & Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 2. *cap.* 6. *ſub numer.* 4. *verſ. Ex prædictis.* Fundamentum ſumitur tum *ex d. §. Hæc verba,* vbi non excluditur, qui eſt hæres hæredis ex judicio teſtatoris, vt patet ex text. ibi: *Quia non ex judicio veniunt:* ſubſtitutus autem pupillaris eſt hæres hęredis ex judicio, & diſpoſitionę teſtatoris, qui cum filio impuberi ſubſtituit, vt eſſet ejus hæres. Tum *ex l. Patrisfamil. in princip. ff. de Vulgari,* vbi eſt caſus penè expreſſus, & concludens à fortiori, vt benè expendit Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 3. Tum denique ex ratione, quia talis ſubſtitutus cùm ſit hæres hæredis ex judicio teſtatoris, habet affectionem ipſius teſtatoris, qui proinde præſumitur voluiſſe, vt ille admitteretur ex dicta ſubſtitutione acſi eſſet hęres immediatè inſtitutus.

In contrarium tamen ſtant Joan. de 512
Imola, & Aret. *in d. §. Hæc verba,* qui pręcipuè mouentur hoc argumento, nam ſi ſufficit eſſe hæredem hæredis ex judicio texatoris ad hoc vt ſubſtitutus pupillaris, qui extitit hæres pupilli, admittatur ex dicta ſubſtitutione, *Quiſquis mihi hæres,* &c. ſequeretur quod etiam admitteretur

retur dominus, qui extitiſſet hæres ex perſona ſerui, & pater qui ex perſona filij: conſequens autem eſt falſum, vtpote contra textum expreſſum *in d. §. Hæc verba*, ergo etiam falſum eſt antecedens. Sequela probatur, quia ſeruus, ex cujus perſona dominus fieret hæres, cenſetur inſtitutus contemplatione domini,niſi de oppoſito conſtet, *l. Filiofamil. ff. de Cōdit. & demonſtr. l. penult. Cod. de Iure deliber.* vbi Barth. Bald. Iaſ. & alij: quod ſimiliter procedit in filio reſpectu patris, ſtando in jure antiquo Digeſtorum, ex quo filius nihil ſibi poterat acquirere, ſed totum acquirebat patri, quemadmodum ſeruus domino: is autem, cujus contemplatione alter eſt inſtitutus, fit hæres ex judicio, & voluntate inſtituentis, vt patet: ergo ſi ex dicta ſubſtitutione admittitur pupillaris ſubſtitutus ex eo, quòd ſit hæres mediatus ex judicio teſtatoris, admitti etiam debet dominus, qui ex perſona ſerui hæres extitit,& ſimiliter pater, qui ex perſona filij hæreditatem acquiſiuiſſet.

513 Sanè hoc argumentum videtur concludens: ſed tamen non cogit à priori ſententia recedere: reſpondetur enim eſſe diuerſam rationem in noſtro caſu, quia pupillaris ſubſtitutus fit hæres ex diſpoſitione teſtatoris, & eſt ab illo honoratus: dominus autem, & pater veniunt ex diſpoſitione legis, & non eſt illis habitus honor à teſtatore, quamuis relictum eis acquiratur: in præſenti autem, & ſimilibus caſibus, non attenditur, qui acquirit, ſed qui honoratur, vt per text. *in d.l.3 ff. de Leg. præſt.* ibi: *Nec enim quærimus, cui acquiratur, ſed cui honor habitus ſit.*

514 Dubitatur prætereà, vtrùm fideicommiſſarius, cui hæreditas reſtituta eſt, admittatur ex dicta ſubſtitutione, *Quiſquis mihi hæres*, &c. Reſpondetur negatiue, cum Alex. & alijs *in d. §. Hæc verba*; quod etiam tenent Socin. *in l. Qui hæredi, §. 1 ff de Condit. & demonſtr.* & Trentacinq *de Subſtit. p. 2. cap. 6 ante num.5. verſ. Tertius & vltimus.* Probatur per text. *in d. §. 1.* vbi quando teſtator loquitur de hærede, diſponendo quòd aliquid ei detur, intelligitur de hærede directo, & non impletur in fideicommiſſario, nec ei reſtituendum eſt, cū non ſit hæreditarium. Dices non apparere diuerſam rationem, cur is qui ſucceſſit in hæreditate teſtatoris per ſubſtitutionem directam Vulgarem, aut Pupillarem, venire debeat in dicta ſubſtitutione, *Quiſquis mihi hæres*, & non etiam qui ſucceſsit perFideicommiſſariam,cùm ille etiam veniat ex judicio teſtatoris. Reſpondetur diuerſam rationem eſſe, quia hæres, qui reſtituit fideicommiſſario, adhuc manet hæres, *§. Reſtituta, Inſt. de Fideicommiſſar. hæredit. l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* & pro rata Trebellianicæ, quam detrahit, ſubit onera hæreditaria, *l. 1. & 2. Cod. Ad Trebel.* & ideo verificantur illa verba,*Quiſquis mihi hæres*,nec cogitur reſtituere fideicommiſſario emolumentum talis ſubſtitutionis, vt probat text *in d. §. 1.* Hæc autem ratio ceſſat in ſubſtituto vulgari, & pupillari; ſiquidem inſtitutus, in cujus locum ſucceſsit ſubſtitutus vulgaris, nunquam extitit hæres, & pupillus, cui ſucceſsit ſubſtitutus pupillaris, non ſolùm non remanſit hæres, ſed nec manſit in rerum natura.

Hinc colliges, vt is, ad quem hæreditas teſtatoris peruenit, admittatur ex dicta ſubſtitutione, *Quiſquis mihi hæres*, duo copulatiuè neceſſaria eſſe, & quòd hæreditatem aſſecutus ſit ex diſpoſitione teſtatoris, & quod non obtinuerit illam mediante alio qui remanſerit hæres: neceſsitas hujus ſecundæ conditionis conſtat ex proximè dictis, ſiquidem fideicommiſſarius ob ſolum ejus defectum non admittitur: neceſsitas autem primæ colligitur ex dictis circa dominum & patrē, qui mediante ſeruo, & filio hæreditatem aſſecuti ſunt: ſiquidem a dicta ſubſtitutione excluduntur, non quod ſeruus, aut filius remanſerit hæres: (conſtat namque neutrum manere hæredem, etiam nomine, quatenus ille dicitur hæres nomine, apud quem remanent directæ actiones; quia has etiam non ſibi, ſed domino, vel patri acquirunt, vt latè probat ac decla- 515

ra-

rat Barth. *in l. Cum filiofamil. num.4. ff. de Vulgari*, Loquor quãtum ad filium ſecundùm jus antiquum, nam aliud eſt hodie,) ſed quia neque dominus neque pater illam hæreditatem obtinent ex diſpoſitione teſtatoris, ſed legis.

Dubitat etiam in præſenti materia
516 Barth *in d.l. Qui liberis, §. Hæc verba, num.7: ff. de Vulgari*, ſi teſtator ſubſtituit per hæc verba; *Si talis deceßerit, ſubſtituo hæredes meos infra ſcriptos*, & poſtea in teſtamento inſtituit pauperes eligendos; & nominandos per aliquem; vtrùm illi pauperes admittantur ex tali ſubſtitutione? Et pro reſponſione aduertit, infra ſcriptos dici illos, qui poſſunt legi, non qui poſſunt intelligi, vt probatur *in l.1. circa princip. ff. de His quæ in teſtam.del* pauperes autem electos non poſſe legi, licèt ex teſtamento comprehendantur. Hoc ſuppoſito, reſpondet, ſi ille teſtator nullos fecit hæredes, quos nominatim ſcripſerit, inſtitutos, vel ſubſtitutos, tunc de neceſsitate debere intelligi de his pauperibus, ſiquidem cùm alij non ſint ſcripti, conſtat teſtatorem de his ſenſiſſe, *l.2. ff. de Liber. & poſth.* ad quod etiam facit text. *in l. Pediculis, §. Item cum quæreretur, ff. de Auro, & arg. leg.* Si verò alios hæredes nominatim ſcripſit in teſtamento, ad illos referri illam ſubſtitutionem, quia verè ſunt infra ſcripti, & in dubio debemus ſtare propriæ ſignificationi, *l. Non aliter, ff. de Leg.3. & l.1. §. Si is qui nauem, ff. de Exercit.* Cæterùm quando ſubſtitutio facta eſſet per illa verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, vel, *Eos quos hæredes mihi inſtitui*, vel per ſimilia verba, addit idem Barth quòd tunc venirent pauperes ſic electi, quia veniunt ex judicio teſtatoris: idq; probatur *in l. Vnum ex familia, ff. de Leg. 2.*

(:)

§. 5. *Cui poſsit fieri Pupillaris ſubſtitutio? Vbi de octo vulgatis requiſitis, quæ ad hanc ſubſtitutionem poſtulantur, & maiori ex parte reſpiciunt perſonam, cui ſubſtituitur.*

SUMMARIUM.

Primum requiſitum ad Pupillarem ſubſtitutionem eſt, vt is, cui ſubſtituitur, ſit de liberis teſtatoris; & in primis poteſt hæc ſubſtitutio fieri filijs naturalibus legitimis: idemque eſt de alijs deſcendentibus: & habet locũ tam in jam natis, quàm naſcituris; numer.517.

Fieri etiam poteſt Pupillaris ſubſtitutio filijs legitimis non naturalibus, ſi tales ſint per arrogationem, vel adoptionem perfectam, & quæ adoptio ſit perfecta? num.518. & ſeqq.

Arrogator non poteſt ſubſtituere pupillariter arrogato, niſi tantùm in bonis, quæ ad eum peruenerunt ex ipſo arrogatore, vel contemplatione illius: & quomodo id ſit intelligendum? numer.519.

Filijs naturalibus non legitimis non poteſt ſubſtitui pupillariter, niſi ſint legitimati; & ſufficiet legitimatio etiam poſt mortem patris obtenta; num.511.

Secundum requiſitum eſt, vt ille cui ſit ſubſtitutio, ſit impubes. An etiam minori 25. annis pupillariter ſubſtitui poſsit, vbi fuerit ſtatutum, quòd tales minores teſtari non poſsint? Reſpondetur negatiuè. Vtrum ſaltem eis poſſit ſubſtitui exemplariter? Affirmatiuè; num.522.

Tertium requiſitum eſt, vt impubes, cui ſubſtituitur, ſit in poteſtate ſubſtituentis; num.523.

Licèt impuberi emãcipato non poſsit fieri Pupillaris ſubſtitutio, at pro ea ſupplenda, poteſt omitti ejus inſtitutio, & hæreditas per fideicommiſſum ei relinqui

qui in tempus pubertatis: quod importabit tantundem; quantum Pupillaris ſubſtitutio. Et quomodo tale fideicommiſſum securè fieri poſsit? ibid.

Vtrum ad Pupillarem ſubſtitutionem requiratur, vt impubes ſit in poteſtate, quando conficitur teſtamentum; vel ſufficiat, quando teſtator moritur? Prima ſententia eſt, hoc ſecundum ſufficere; num.524. & ſeq. Secunda eſt, requiri etiam primum: ejuſque fundamenta proponuntur, & ſoluuntur; numer. 526. & ſeqq. Prima ſententia præfertur; num.529. fine.

Patria poteſtas etiam hodie neceſſaria eſt, vt pater poſsit ſubſtituere pupillariter; num. 530.

Mater non poteſt ſubſtituere pupillariter etiam ſpectato jure nouo Authent. Et quid, vbi fuerit ſtatutum, quòd mater filios habeat in poteſtate? num.531.

Quartum requiſitum eſt, vt impubes, cui ſubſtituitur, efficiatur ſui juris per mortem teſtatoris; ita vt non ſit recaſurus in poteſtatem alterius; num.532. Contrarium tenent aliqui, & quo fundamento? num. 533. & ſeq. Suſtinetur, & declaratur legitimus ſenſus primæ ſententiæ; num. 535. Limitatur autem hæc ſententia in milite; numer. 536.

SEquitur in ordine vt dicamus de perſona, cui pupillariter ſubſtitui poteſt. Cui quæſtioni ſatisfaciemus, tradendo octo vulgata requiſita ad Pupillarem ſubſtitutionem, quo ex numero ſex reſpiciunt ac determinant perſonam, cui illa fieri poteſt.

517 Primum itaque requiſitum eſt, vt ille cui fit Pupillaris ſubſtitutio ſit de liberis teſtatoris, *l. 2. ff. de Vulg.* Cum autem liberi in multiplici ſint differentia, ſiquidem quidam ſunt filij naturales, aut non legitimi, opus eſt vt in particulari declaremus, quibus filijs poſsit fieri Pupillaris ſubſtitutio? In primis ergo certum, & notiſsimum eſt, hanc ſubſtitutionem poſſe fieri filijs naturalibus legitimis. Quod intelligitur, & habet locum tam in filijs, ſeu liberis primi gradus, quàm vlterioris, vt in nepotibus, pronepotibus &c. & tam in jam natis, quàm naſcituris, vt probatur *in d l. 2.* vbi Barth. *num.*3 & cæteri omnes.

Certum eſt etiam, poſſe dictam ſubſtitutionem fieri filijs legitimis non naturalibus, ſi tales ſint per arrogationem, vel per adoptionem perfectam. Per leges namque introductum ac receptum eſt, vt qui naturaliter non eſt pater, neque filius, talis tamen moraliter fieri poſsit arrogatione, vel adoptione. Pater arrogatione efficitur ille, cui aliquis ſui juris ſe in filium, ſeu in locum filij tradit, tranſeundo in ejus poteſtatem, & talis filius dicitur arrogatus, ſeu filius per arrogationem. Pater adoptione, ſeu adoptiuus, eſt ille, qui alienum filium patriam poteſtatem non egreſſum ſibi in filium, ſeu loco filij accepit: & talis filius dicitur propriè adoptiuus: dico propriè, quia etiam arrogatus appellari ſolet adoptiuus, ſed minus propriè. Duplex autem eſt adoptio: quædam perfecta, quædam imperfecta. Nam vel pater filiumfamil. tradit perſonæ extraneæ in adoptionem; & hodie talis adoptio eſt imperfecta; quia per eam non tranſit adoptatus in poteſtatem adoptantis, vel illum tradit alicui aſcendenti maſculo ſub cujus poteſtate ipſe pater non eſt, vt auo materno, vel ſi pater eſt emancipatus, etiam paterno: & hæc adoptio eſt perfecta, quia per eam tranſit adoptatus in poteſtatem, & familiam adoptantis. Quæ omnia conſtant per text. *in §. 1. & 2. Inſt. de Adoption. & in l. Cum in adoptiuis, Cod. eod. tit.* 518

Ergo quòd filio arrogato poſsit arrogator ſubſtituere pupillariter, ſi concurrant alia requiſita, conſtat per text expreſſum *in l. Si arrogator, ff. de Adoption. & in l. Sed ſi plures, §. In arrogato, ff. de Vulgari, & in d. l. 2. in princip. verſ. Sed & ſi extraneum* vbi Barth. *num.*3. & omnes, *ff. eod.* Hìc tamen aduerte non eodem modo poſſe arrogatorem ſubſtituere pupillariter arrogato, atque poteſt pater filio legitimo naturali, nam pater poteſt ſubſtituere tali filio in omnibus ejus bonis, 519

bonis, vndecumq; ad illum peruenerint, *§. Non ſolùm, Inſt. de Pupillari:* arrogator autem ſolùm poteſt ſubſtituere arrogato in bonis, quæ ad eum peruenerunt ex ipſo arrogatore, aut contemplatione illius, *d. §. In arrogato*; plus enim juris dandum fuit patri naturali & legitimo, quàm legitimo tantùm. Aduerte vlteriùs, fortè non poſſe arrogatorem ſubſtituere pupillariter ſuo arrogato, niſi tantùm quoad legitimam, ſeu quartam quam illi debuit relinquere, ex reſcripto Diui Pij: vt expreſsè videtur deciſum *in d. l. Si arrogator*, ibi: *Niſi fortè ad quartam ſolam, ff. de Adopt.* Nihilominus tamen tenendum eſt, non ſolùm quoad illam quartam, ſed etiam quoad cætera bona, quæ ab arrogatore, vel contemplatione illius, ad arrogatum peruenerunt ſubſtitutionem admitti. Ita enim expreſsè habetur *in d. §. In arrogato*, & ſic tenet Gloſ. *in d. l. Si arrogator, verb. Quartam ſolam.* Nec reverà huic reſolutioni refragatur textus *in d. l. Si arrogator*, ſi bene inſpiciatur, nam loquitur in caſu, quo ab arrogatore nihil ad arrogatum peruenit, præter ſolam quartam, quam ei negare non potuit: & in tali caſu veriſsimum eſt, ſubſtitutionē Pupillarē illi factam ab ipſo arrogatore, ſolùm extendi ad illā quartā.

520 Deinde, quòd etiam à patre adoptiuo poſsit fieri Pupillaris ſubſtitutio impuberi adoptato adoptione perfecta, omnes habent pro comperto ex proximè dictis de arrogato; à quo taliter adoptatus reipſa non differt: cùm vterque tranſeat in poteſtatem, & familiam ejus, cui in filium traditur, parique modo illi ſubjectus eſt. Secus dicendum in filijs adoptiuis adoptione imperfecta, per quam adoptatus non tranſit in poteſtatem adoptantis: his enim non poteſt pater adoptiuus pupillariter ſubſtituere; quia vnum ex requiſitis ad talem ſubſtitutionem eſt, vt is, qui ſubſtituitur, ſit in poteſtate teſtatoris ſubſtituentis, vt infra videndum eſt. Et ita docent Barthol. *in d. l. 2. num. 3. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *numer. 16.* & cæteri communiter, *& in ſuis tractatibus de Subſtit. in materia Pupillaris* Barth. de Huc. *num. 2.* Polit. *num. 22.* Zaſius *num. 7.* Leonius *num. 74.* Trentacinq. *p. 2. cap. 7. poſt med.* & cum alijs Fuſar. *q. 118. numer. 6.* vtrùm verò ad hujuſmodi ſubſtitutionem requiratur, vt adoptio, qua impubes tranſiuit, in poteſtatem adoptantis, facta fuerit ante teſtamentum pendet ex infra dicendis in tertio requiſito.

521 Quod attinet ad filios naturales non legitimos, certò etiam conſtat non poſſe patrem eis ſubſtituere pupillariter, cùm non ſint in ejus poteſtate, *Inſt. de Patria poteſt. in princip. §. fin. Inſt. de Nuptijs, & l. Lucius, in princip.* juncta Gloſ. *ibi, verb. Naturalem, ff. de Vulgari*, & ita Barthol. *in d. l. 2. num. 3. ff. eod.* cæterique omnes. Id verò intellige niſi tales filij ſint legitimati: nam filijs legitimatis poteſt pater pupillariter ſubſtituere, vt notant Barth. *in d. l. 2. num. 10.* Bald. *in ſuo tract. de Subſtit. in materia Pupillaris, num.* 8 Polit. & Zaſ. *locis proximè cit.* Leon. vbi ſup. *num. 67.* cæterique communiter. Quæ reſolutio ampliatur, vt admittatur ſubſtitutio, quanuis legitimatio eſſet facta poſt teſtamentum patris, imò & poſt ejus mortem. Sic Barth. *in d. l. 2. n. 10.* & ibi Angel. Imola, Alex. *n. 17.* Jaſ. *n. 20.* Socin. ſen. *n. 58.* vbi teſtatur de cōmuni, Ripa *n. 27.* & Alciat. *n. 20.* vbi dicit eſſe communē, & cum multis alijs Trentac. *de Subſt. p. 2. cap. 9. num. 3.* & Fuſar. *de Subſtit. q. 118. num. 10.* quia legitimatus dicitur reſtitutus primis natalibus, *§. Illud, & §. Bella, Auth. Quibus modis naturales efficiun. ſui*, ac proinde cenſetur, tanquam ſi fuiſſet legitimè natus; & cùm tale beneficium concedatur per reſtitutionem, retrotrahitur; efficitque vt filius habeatur quaſi ſemper fuiſſet legitimus, *l. fin. ff. de Nat. reſtit.* Vtrùm verò id procedat, quādo pater ſubſtituit pupillariter filio legitimato, cujus legitimatio tunc 522 erat nulla, & poſt mortem patris confirmata eſt? Negant plerique, vt videre eſt apud Trentac. *d. c. 9 ſub n. 4.* vbi plures refert, & latè hanc ſententiam tanquam veriorem tuetur. Contrarium tamen tenet Ripa *in d. l. 2. n. 27.* idq; mihi videtur probabilius; quia non debet præſumi, quòd teſ-

teſtator voluit facere actum inutilem, *l. 3. ff. de Milit. teſtam.* & ſic in caſu præſenti cenſeri debet, quod pater abſolutè voluit, vt ſubſtitutio à ſe facta ſuſtineretur, quoquo modo filius eſſet illius capax, ſiue ratione legitimationis jam obtentæ, ſiue poſtea obtinendæ, ſeu confirmandæ, ſi illa prior non eſſet ſufficiens; neque enim aliud rationabiliter cogitari poteſt de mente, & intentione patris qui filio voluit prouidere.

522 Secundum requiſitum eſt, vt ille, cui pupillariter ſubſtituitur, ſit impubes, id-eſt, quod non expleuerit ætatem 14. annorum ſi ſit maſculus, vel 12. annorum ſi fæmina. Ita DD. omnes per text. *in d. l. 2. in princip. ff. de Vulgari*, vbi Barthol. *num. 2. & 5.* & cæteri ſcribentes. Si alicubi fuerit Statutum, quo non ſolùm impuberes, ſed etiam minores 25 annis, teſtari prohibeantur, dubitant DD. an in tali loco poſsit pater ſubſtituere pupillariter filio puberi infra 25. annum decedenti? In qua quæſtione, miſsâ controuerſiâ, quam citatis hinc inde Doctoribus, latè texit Trentacinq. *de Subſtit. p. 2. cap.* 8. tenenda eſt reſolutio negatiua, quam tuetur Barthol *d. num.* 5. multique alij quos refert & ſequitur Trentacinq. *cit.* dicens, hanc eſſe communem & receptam ſcribentium ſententiam: vtrùm verò poſsit tali puberi exemplariter ſubſtitui? Affirmant plerique ea ratione, quia illud Statutum, dum prohibet illum puberem ne teſtari poſsit, induit quamdam bonorum interdictionem ſpecialem, arg. *l. Ex Caſtrenſi, circa princip. ff. de Caſtr. pecul.* Et ideo ſicut prodigo, cui bonis interdictum eſt, poteſt fieri ſubſtitutiò exemplaris, vt tenet Barth. *in l. Ex facto, ff. de Vulgari*, eſtque communis ſententia, ita etiam illi puberi poteſt fieri.

523 Tertium requiſitum eſt, vt ille impubes ſit in poteſtate teſtatoris, qui ei ſubſtituit. Conſtat per *d. l. 2. in princip.* ibi, *Si ſint in poteſtate, ff. de Vulgari*, & ſic tenent communiter DD. Hinc fit, vt impuberi emancipato non poſsit pater pupillariter ſubſtituere, quamquam pro tali ſubſtitutione ſupplenda poſsit ejus inſtitutio omitti, & hæreditas per fideicommiſſum ei relinqui in tempus pubertatis: quod importabit tantundem quantum Pupillaris ſubſtitutio. Sic habetur *in l. Cum ex filio, in princip. ff. de Vulgari*, vbi latè id declarat Barthol rectè aduertens, hanc legem nó eſſe correctam per jura Codicis, quæ ſtatuunt, vt filius neceſſario inſtituatur, neque fortè per Auth *Vt cum, de Appellatione*, vbi vetatur filium exhæredari, niſi ex certis cauſis ingratitudinis; cùm per hæc jura non videatur excludi præteritio ex juſta cauſa prouiſionis ipſi filio fauorabilis, prout latiùs idem Barth. ex jure, & DD. ibidem confirmat; qui tandem ad vitanda dubia hoc dat conſilium ad illud fideicommiſſum ſecurè faciendum: vt nimirum pater illum filium emancipatum inſtituat in quinque ſolidis, & reſiduum ei leget in tempus pubertatis; tunc enim, inquit, non poterit talis filius teſtamentum dicere nullum, cùm ſit inſtitutus, neque poterit agere ad ſupplementum, quia jus agendi ad ſupplementum ſuccedit loco querelæ; quæ hic locum non habet, cùm ei magis ſit prouiſum per æquipollens Pupillari ſubſtitutioni, quæ illi fieri non poteſt. Cæterùm de his alibi ex profeſſo agendum eſt.

524 Quod verò ad præfatum requiſitum attinet, dubitatur primò, vtrùm ad Pupillarem ſubſtitutionem requiratur, vt impubes ſit in poteſtate, quando conficitur teſtamentum; an ſufficiat quando teſtator moritur? Prima ſententia eſt, ſufficere hoc ſecundum. Hanc tenent Gloſ. *in d. l. 2. verb Filio præcedente*, & ibi Barthol. *numer.* 8. Alex. *numer. 7. & 10.* Ripa, *numer.* 25. Socin. ſen. *numer.* 46. Bald. Angel. Salicet. Aretin. & alij, Imola *in cap. Raynutius, numer.* 93. *de Teſtament.* Salic. *in l. Si teſtamento, quæſt. 9. Cod. de Teſtament. milit.* Bald. *in l. Humanitatis, verſ. Nonò eſt ſimilitudo, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Leon. *tract. de Subſtitut. in materia Pupillaris, numer.* 131. vbi dicit ſe putare hanc communem opinionem eſſe juridicam, & certiſsimam, quod repetit

num.

*numer.*134.*fine.* Bald. *in ſuo etiam tract. de Subſtitut. in rubr. de Pupillari, num.* 8. Barthol. de Hucio *de Subſtit. cap.*2 *numer.*4. Emman. Coſta *in cap. Si pater, verb. Habens, ſub num. 6. verſ. Quamquam autem,* Fumeus *tract. de Subſtit. num.*44. Trentacinq. *de Subſtit. p.*2. *cap.* 9. *num.* 2. vbi alios refert, teſtaturque hanc eſſe communem, & receptam ſcribentium ſententiam; quod alij quoque permulti, etiam ex Aduerſarijs, fatentur.

525 Probatur primò hæc ſententia per tex. *in d. l.* 2. *in princip. verſ. Sed & ſi extraneum, ff. de Vulgari,* vbi ſic habetur. *Si extraneum quis impuberem hæredem ſcripſerit, poterit ei ſubſtituere,* (ſcilicet pupillariter) *ſi modo eum in locum nepotis adoptauerit, vel arrogauerit, filio prædecedente.* Quæ verba licèt facilè ab Aduerſarijs declinentur, aſſerendo rectè poſſe intelligi de ſubſtitutione facienda poſtquam impubes jam per adoptionem, vel arrogationem fuerit ſub poteſtate teſtatoris; nam reverà facilè hunc ſenſum admittunt: tamen facilior & receptior ſenſus eſt, quòd teſtator poſſit tali impuberi ſubſtituere in euentum, quo illum poſtea habeat in poteſtate per adoptionem, vel arrogationem; ſiquidem verba illa, *Si eum adoptauerit, vel arrogauerit,* ſunt de futuro, & ſic indicant, ſatis eſſe futuram adoptionem, ad hoc vt ſubſtitutio anteà facta ſuſtineatur: alioqui potiùs diceretur de præterito, *Si modo eum adoptauit,* &c. Sed cùm prædictus textus non valde vrgeat, ideo probatur ſecundò, & meliùs eadem ſententia per text. *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari,* ibi: *Cum filiæ, vel nepoti, qui locum filij tenuit:* (ſcilicet tempore teſtamenti, vt Gloſ. ibidem exponit) *aut poſt teſtamentum cæpit tenere, parens ſubſtituit: ſiquis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, ſubſtitutio Pupillaris ſit irrita.* Quibus verbis manifeſtè ſupponitur, impuberi, qui poſt teſtamentum cæpit habere requiſita ad Pupillarem ſubſtitutionem, validè poſſe talem ſubſtitutionem fieri, ſi mortis quoque tempore (ſcilicet teſtatoris) ipſa requiſita habeat, permanendo adhuc in familia & poteſtate teſtatoris. Tertiò denique probatur, quia Pupillaris ſubſtitutio eſt veluti pars integralis non neceſſaria teſtamenti paterni, ad eum modum quo legata dicuntur partes teſtamenti: conſtat autem, quòd vt legata valeant, ſatis eſt quod tempore mortis teſtatoris dentur omnia requiſita ad eorum valorem, vt contra regulam Catonianam probatur *in l.* 1. *verſ. Item ſi ff. de Regul. Caton.* ergo idem dicendum in Pupillari ſubſtitutione.

Secunda ſententia eſt, requiri quòd etiam tempore teſtamenti impubes ſit in poteſtate teſtatoris, ad hoc vt Pupillaris ſubſtitutio ſit valida. 526 Ita Gloſſa magna *in d. §. Cum filiæ,* Iaſon *in d. l.* 2. *numer.* 17. *ff. de Vulgari,* & ibi Caſtr. Imola, Cuman. Socin. jun. *numer.* 47. & 52. & alij, Angel. Aret. *Inſt. de Pupillari, in princip. col.* 2. Polit. *tract. de Subſtitut. tit. de Pupillari, numer* 31. *& ſeqq.* Zaſius *tract. etiam de Subſtitut. cap.* 2. *numer.* 14. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 5. *numer.* 2. *de Teſtament.* Menchaca *de Succeſſ. creat. lib.* 3. *§.* 21. *ſub numer.* 265. *verſ. Et hæc poſterior,* & alij, quos pæcitati referunt: affirmatque Couar. omnes ferè juniores huic ſententiæ acceſſiſſe, licèt contraria olim fuerit receptiſſima. Mouentur potiſſimè his fundamentis.

Primò ex text. *in l. Si alienum, §. In extraneis, ff. de Hæred. inſtitut & in §. In hæredibus, Inſtit. de Hæred. qualit. & differ.* vbi requiritur habilitas hæredis tribus temporibus, ſcilicet, conditi teſtamenti, mortis teſtatoris, & aditionis hæreditatis, ad hoc vt teſtamentum conſiſtat. Ergo etiam vt Pupillaris ſubſtitutio ſuſtineatur, opus erit vt inſtitutus, non ſolùm tempore mortis teſtatoris, ſed etiam tempore conditi teſtamenti ſit capax, ſeu habeat omnia requiſita ad talem ſubſtitutionem. Hoc tamen fundamentum non vrget, quia illi textus loquuntur de capacitate hæredis, ad hoc vt poſſit inſtitui, & capere ex teſtamento: non verò loquuntur

de capacitate, vt poſsit habere ſubſtitutum pupillarem, quæ capacitas eſt longè diuerſæ rationis, cùm non ſit ad accipiendum, ſed potiùs ad dimittendum, & dandum locum alteri; & propterea non mirum quòd ſufficiat, cum adeſſe tempore mortis teſtatoris, vt probant textus pro prima ſententia adducti.

527 Secundò ex illa regula, Quod ab initio non valet tractu temporis non conualeſcit, *l. Quòd ab initio, ff. de Reg. jur.* ſed Pupillaris ſubſtitutio facta impuberi, qui tempore teſtamenti non eſt in poteſtate ſubſtituentis, non valet ab initio: ergo non conualeſcit poſtea, licèt ille impubes tempore mortis ipſius ſubſtituentis in ejus poteſtate reperiatur. Verùm hoc etiam fundamentum facilè ſoluitur, quia illa regula procedit, quando nihil præter curſum temporis ſuperuenit: non verò, ſi ſuperueniat aliquid, ex quo actus poſsit conualeſcere, vt probat *l. Qui ſoluendo, ff. de Hæred. inſtit. & l. Poſthumus, & l. Filio, ff. de Injuſto rupto, cum ſimil.* In præſenti autem ſuperuenit habilitas tempore mortis teſtatoris. Reſponderi etiam poteſt, & fortè meliùs, dictam ſubſtitutionem etiam à principio valere ſub conditione, ſi impubes poſtea veniat in poteſtatem teſtatoris: ad eum modum quo ab initio valet donatio rei, quam donans nondum habet, ſed ſperat habere: vt quando quis donat bona futura.

528 Tertiò, quia Pupillaris ſubſtitutio perit, ſi inſtitutus, cui eſt facta, exierit à poteſtate teſtatoris, *d. l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari:* ergo à fortiori non poterit fieri ei, qui non eſt in poteſtate teſtatoris tempore teſtamenti; cùm faciliùs productio impediatur, quàm poſtquam ſemel producta eſt, tollatur, *l. Patre furioſo, ff. de His, qui ſunt ſui, vel alieni jur.* Vnde etiam in rebus phyſicis probant Philoſophi, plus requiri ad rei productionem, quàm ad conſeruationem. Ad hoc etiam reſpondetur facilè, Pupillarem ſubſtitutionem in legitimo teſtamento factam non reddi ſimpliciter irritam in omne tempus futurum, ex eo quòd inſtitutus exeat de poteſtate teſtatoris, ſed pendere à futuro euentu; & plenam vim ſortiri, ſi inſtitutus tempore mortis teſtatoris in ejus poteſtate reperiatur, vt tenet communis ſententia, de qua infra in quinto requiſito: & hoc ipſum dicimus de ſubſtitutione facta ei, qui tempore teſtamenti non erat in poteſtate.

Quartò denique, quia quòd inſtitutus ſit in poteſtate teſtatoris, requiritur tanquam forma ad Pupillarem ſubſtitutionem: vt videtur probare text. *in d. l. 2. in princip. ff. de Vulgari.* Quæ autem requiruntur pro forma debent interuenire quandò fit actus, *l. 1. §. Si quis ita, ff. de Verb. oblig. l. Hæredes, palam, in princip. ff. de Teſtament.* Reſpondet ad hoc Trentacinq. negando, patriam poteſtatem requiri pro forma Pupillaris ſubſtitutionis; cùm talis poteſtas requiratur, vt potentia ad illam ſubſtitutionem faciendam, & non vt forma illius. Quòd ſi objicias non minùs neceſſarium eſſe dari potentiam, quando fit actus, quàm formam tunc interuenire; & ſic non vitari vim argumenti. Reſpondet, tunc oportere quòd potentia exiſtat, ad hoc vt fiat actus, quando potentia eſt cauſa eſſendi, non autem quando ſolùm eſt cauſa ordinandi, vt in præſenti: quam diſtinctionem deſumpſit ex Baldo *in l. Humanitatis, ſub numer. 34. verſ. Nonò eſt ſimilitudo, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Eamque ego declaro, & confirmo exemplo donationis factæ de re, quam donans non habet, ſed poſtea habiturus eſt, nam dominium talis rei, quod ille nondum habet, ſed ſperat habere, eſt totum jus & poteſtas, ex qua illam donare poteſt, vt conſtat; & tamen non præcedit ipſam donationem, ſed multo poſt aduenit, idq; ſufficit; quia non eſt cauſa eſſendi, ſeu exiſtendi talis actus, ſed ſolùm eſt cauſa illū faciendi; & non repugnat quòd anticipatò fiat, habiturus effectum quando dominium ad donantem peruenerit, & ſic optimè vitatur vis argumenti. 529

Igitur

Digitized by Google

Igitur cùm tam hoc, quàm cætera fundamenta prædictæ ſecundæ ſententiæ facilè diſſoluantur, non eſt recedendum à prima, quæ ſolidioribus nititur fundamentis, multùmque auctoritate, & antiquitate antecellit.

530 Dubitatur ſecundò, vtrùm prædictum requiſitum ſit hodie neceſſarium, cùm per nouum jus Authenticorum ſublata fuerit differentia emancipationis, & patriæ poteſtatis; vt §. *Nullam, Auth. de Hæred. abinteſt. venient?* At citra controuerſiam reſpondendum eſt affirmatiuè, cum Barthol. *in d. l. 2. in princip. numer. 7. de Vulgari*, qui dicit, ita docere omnes, & cum Nicol. de Neapoli Alex. Socin. Jaſ. & Ripa ibid. Guil. de Cun. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Bald. *conſ. 129. lib 2.* Leon. *tract. de Subſtitut. in materia Pupillaris, numer.* 148. Trentacinq. *de Subſtitut. p. 2. cap. 10. numer. 1.* cæteriſque omnibus, quia emancipationis, & patriæ poteſtatis differentia ſolùm fuit ſublata quoad ſucceſsionem ab inteſtato, vt ſcilicet tam ab inteſtato ſuccedat non exiſtens in poteſtate, quàm exiſtens, vt eſt communis ſententia, quam tenent Gloſ. Barth. & omnes *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantùm, ff. de Liber. & poſth. & in Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter. & in l. Si emancipati, Cod. de Collat.*

531 Hinc colligitur, matrem non poſſe ſubſtituere pupillariter filio, etiam ſpectato d. jure nouo Authenticorum; cùm per illud neceſsitas patriæ poteſtatis, ad ita ſubſtituendum requiſitæ ſublata non ſit; mater autem illâ careat. Vbi autem eſſet Statutum, quòd mater filios habeat in poteſtate; controuertunt DD. an ex vi talis Statuti poſsit mater illis pupillariter ſubſtituere? Quam controuerſiam, multis in vtramque partem citatis DD. & adductis fundamentis, texit Trentacinq. *dict. cap. 10. numer. 2. & 3.* & videri etiam pro illa poteſt Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 118. *numer. 28. & ſequentib.* Qui duo Auctores partem affirmatiuam ſequuntur, cui Fuſarius vnam vel alteram limitationem adhibet. Eos conſule, ſi placet: illam ego omittendam cenſui, quia fortè nullibi tale Statutum extat.

532 Quartum requiſitum eſt, vt impubes, cui ſubſtituitur, efficiatur ſui juris per mortem teſtatoris, ita vt non ſit recaſurus in poteſtatem alterius, vt ſi auus velit ſubſtituere pupillariter nepoti, quem habet in poteſtate, opus eſt vt talis nepos non ſit recaſurus in poteſtatem patris, per mortem ipſius aui. Ita communis ſententia per text. *in dict. l. 2. in princip.* ibi: *Nepotibus etiam poſſumus, & deinceps, ſi qui recaſuri non ſunt in patris poteſtatem, ff. de Vulgari*, vbi Barthol. *numer.* 12. Angel. Salic. Imola Alex. Jaſ. Socin. ſen. Ripa, Alciat, & alij, Salic. *in l. Si teſtamento, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Imola *in cap. Raynutius, de Teſtam.* Barthol. de Hucio *tract. de Subſtitut. in materia Pupillaris, numer.* 5. Bald. *tract. de Subſtitut. rubr. de Pupill. numer. 2. & 10.* Zaſius *in ſuo etiam tract. de Subſtitut. cap. 2. numer.* 15. Leon. *in tract. de Subſtitut. in materia Pupillaris, numer.* 149. & cæteri ferè omnes. Ratio eſt, quia impubes, qui per mortem teſtatoris recidit in poteſtatem alterius, hoc ipſo quòd in tali poteſtate reperitur, eſt inteſtabilis, neque poſſet teſtari, quamuis eſſet maior, aut pubes, *l. Qui in poteſtate, ff. de Teſtament. l. Tam is, ff. de Donat. cauſ. mor. cum ſimil.* Pupillaris autem ſubſtitutio, cùm ſit aut cenſeatur teſtamentum filij impuberis, cujus loco pater teſtatur, ſupplendo tantùm defectum ætatis, ob quem ille teſtari non poteſt, locum non habet, ſi ille alia ratione ſit inteſtabilis, quàm ob ætatis defectum: nam fictio ad id tantùm porrigitur, ad quod poteſt porrigi veritas, *l. Qui ad certum, ff. Loc. & l. Si pater, in fine, ff. de Adoption.* Vnde cùm ille filius etiam ſecluſo ætatis defectu, verè & per ſe teſtari non poſſet exiſtendo ſub patria poteſtate, neceſſe eſt vt neque fictè per ſuum patrem teſtari poſsit. Et hinc notant bene Barthol. *dict. nu-*

mer. 12. Bald. *dict. rubr. de Pupillari, num.* 10. & alij, quod vniuerſim loquendo Pupillaris ſubſtituto fieri non poteſt pupillo, qui alia ratione, quàm ob defectum ætatis, teſtari non poteſt.

533 Non deſunt autem qui putent, etiam recaſuro in poteſtatem alterius poſſe fieri Pupillarem ſubſtitutionem. Ita ſentiunt Aret. *in d.l.* 2. *ff. de Vulgari*, Menchac. *de Succeſs. progreſſ. lib.* 2. §. 14. *num.* 87. *& ſeqq.* & Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 11. *num.* 2. per text. *in d.l.* 2. *in princ.* vbi ſic habetur: *Nepotibus etiam poſſumus, & deinceps*, (ſcilicet pupillariter ſubſtituere) *ſi qui recaſuri non ſunt in patris poteſtatem: ſed ſi eos patres præcedant, ita demum ſubſtitui eis poteſt, ſi hæredes inſtituti ſint, vel exhæredati:* quibus verbis fit diſtinctio inter nepotes, qui tempore teſtamenti non præceduntur à patribus, (vt cùm eorum patres ſunt emancipati ipſis nepotibus in poteſtate retentis) & nepotes qui à patribus præceduntur, ideſt, quorum patres tempore teſtamenti primum locum habent in Suitate, ratione cujus neceſſariò debent inſtitui: ac de nepotibus hujus ſecundi generis dicitur, ita demum illis poſſe pupillariter ſubſtitui, ſi hæredes inſtituti ſint, vel exhæredati: vbi ſatis apertè admittitur, quòd Pupillaris ſubſtitutio poteſt fieri nepoti recaſuro in poteſtatem patris; ſiquidem in dicto textu expreſsè dicitur, fieri poſſe nepoti, quem pater tempore teſtamẽti præcedit: patet autem quòd talis nepos per mortem aui recaſurus eſt in poteſtatem patris, ſi auus ante patrem decedat.

534 Nec obſtat, inquiunt citati DD. quod in prædicto textu dicitur, nepotibus primi generis poſſe ſubſtitui, *Si qui recaſuri non ſunt in patris poteſtatem*: nam per hoc ſolùm ſignificatur, quòd nepotibus non recaſuris poteſt ſubſtitui pupillariter, licèt non ſint inſtituti, vel exhæredati, qui ſenſus videtur planior ex ſequenti verſ. *Sed ſi eos patres præcedant*, &c. Maximè ſi cum Menchaca, & Trentacinq. aduertas, quòd jure Digeſtorum nepos tenens primum locum tempore teſtamẽti, poterat impunè præteriri in teſtamento aui, *Inſt. de Exhæred. liber. in princ.* ſecus autem, qui à patre præceditur: is enim, ſi non ſit inſtitutus, aut exhæredatus in teſtamento aui, rumpet illud, eueniente caſu, quo ſublato patre de medio primum locum tenere incipiat, *l. Poſthumorum, ff. de Injuſto rupt. teſtam. §. Poſthumorum, Inſt. de Exhæred. liber.* Quibus ſuppoſitis, rectè procedit explicatio prædicti text. vt ſenſus ſit, quòd nepotibus primum locum tenentibus poſsit pupillariter ſubſtitui, licèt non ſint inſtituti, vel exhæredati; quia cùm non poſſent rumpere teſtamentum ex cauſa præteritionis, non rumperetur etiam Pupillaris ſubſtitutio in eo facta, licèt neque inſtituti, neque exhæredati eſſent; ſecùs autem in nepotibus, qui à patre præceduntur, cùm niſi ſint inſtituti, aut exhæredati, teſtamentum aui rumpant, eueniente caſu quo primum locum tenere incipiant, & conſequenter etiam ipſa Pupillaris ſubſtitutio corruere debeat.

Nihilominus tamen communis ſenté- 535
tia eſt vera, ſi modo intelligatur in eum ſenſum, vt Pupillaris ſubſtitutio ſit inutilis & euaneſcat, ſi per mortem teſtatoris pupillus recidat in poteſtatem alterius, non autem ſi facta ſit ei, qui habebat patrem, in cujus poteſtatem poterat recidere; reipſà autem non recidit, quia pater de medio ſublatus eſt ante mortem teſtatoris. In quo ſenſu credo communem ſententiam ab omnibus ſuis Auctoribus intelligi, cùm nullus eorum requirat, quòd pupillus non poſsit recidere in alterius poteſtatem per mortem teſtatoris, ſed ſolùm quòd fiat ſui juris, ita quòd in poteſtatem alterius non incidat, vt videre eſt apud Barth. *d. num.* 12. & alios *ſupra. num.* 532. citatos. Neque aliud probat text. quo Aduerſarij nituntur: nam quòd ibi dicitur, nepotibus, qui à patribus præceduntur poſſe pupillariter ſubſtitui, *Si ſint inſtituti, aut exhæredati*, ſolùm habet locum pro caſu, quo patres de medio ſublati fuerint, viuente adhuc teſtatore; quia ſolùm pro tali caſu oportet, quòd nepotes ſint inſtituti, aut exhæredati, ad hoc vt non rumpant teſtamentum

tum

tum aui, & conſequenter ad hoc vt Pupillaris ſubſtitutio illis facta ſubſiſtere poſſit, vt ex dictis conſtat. Vnde quòd in præcedenti verſ. habetur, *Poſſe nos ſubſtituere pupillariter nepotibus, ſi qui recaſuri non ſunt in patris poteſtatem:* cùm generaliter dictum ſit, intelligitur de omnibus nepotibus, qui per mortem teſtatoris efficiuntur ſui juris, ſiue tempore teſtamenti primum locum haberent, ſiue à patribus præcederentur: cùm autem teſtamentum aui corruat, ſi nepotes, qui à patribus præcedebantur, ſe præteritos reperiant, ſublatis de medio patribus in vita teſtatoris; ideo in ſequenti verſ. additur, oportere vt tales nepotes, *ſint inſtituti, aut exhæredati*, ad hoc vt teſtamentum, ac ſubinde ipſa Pupillaris ſubſtitutio ſuſtineatur, in euentu quo ſublatis patribus de medio, ſui juris efficiantur per mortem teſtatoris. Quæ explicatio veriſsima eſt, & ſatis ex ipſis terminis patet.

536 Limitatur autem prædicta communis ſententia, niſi teſtator ſit miles; quia auus miles poteſt nepoti à ſe inſtituto facere qualem ſubſtitutionem voluerit in hæreditate, & bonis quæ illi reliquerit, quantumuis talis nepos in patris poteſtatem recaſurus ſit, vt probat text. *in l. Cùm filius, 29. ff. de Milit. teſtam.* & ita docent Barth. Bald. Leon. & alij ſupra citati.

§. 6. *Traditur quintum requiſitum, & aliqua ejus conſectaria.*

SUMMRAIUM.

Quintum requiſitum eſt, vt ante mortem teſtatoris non exeat impubes de illius poteſtate, vt per emancipationem, vel adoptionem perfectam, num. 537.

Pupillaris ſubſtitutio extinguitur per profeſsionem religioſam factam à teſtatore in Religione capaci ſuccedẽdi in bonis profitentium: ſecus autem ſi profiteatur in Religione incapaci ſuccedendi, vt in Ordine Minorum; num. 538.

Si impubes exeat à patria poteſtate per aliquam dignitatem, non perit Pupillaris ſubſtitutio ei facta, num. 539.

Per egreſſum impuberis à patria poteſtate non perit Pupillaris, ſi eſt ſpes quòd reincidat in poteſtatem ipſius ſubſtituentis: ſatiſque eſt, quòd fictione juris in eam reincidat, vt quando captus eſt ab hoſtibus poſt ſubſtitutionem, num. 540.

Pupillaris, quæ ceſſauit per emancipationem, vel adoptionem impuberis, reconualeſcit, ſi ille poſtea ab eodem patre adoptatus in ejus poteſtatem redeat; num. 541. Vtrum reconualeſcat de jure Ciuili, an de Prætorio? num. 542.

Subſtitutio Pupillaris, quæ periit de jure Ciuili, eoquod impubes poſt mortem patris ſe in arrogationem dederit, reuiuiſcit de jure Prætorio, ſi impubes exeat de poteſtate arrogatoris, ac fiat ſui juris, neque ad hoc eſt neceſſaria noua voluntatis deliberatio; num. 543.

Si pater, qui filio pupillariter ſubſtituit, ingrediatur Religionem Societatis, & in ea emittat vota Biennij, ſtatim per ea vota deſinit habere filiũ in poteſtate, & infirmatur ſubſtitutio ei facta: & ſi poſtea idem pater à Societate dimittatur, antequam altiorem gradum in ea obtineret, recuperat patriam poteſtatem, & reconualeſcit ſubſtitutio, ſi filius nondum exceſſerat pupillarem ætatem; num. 544. Si talis pater profeſsionem emittat in eadem Societate, aut Coadjutor formatus effectus ſit, an ſubſtitutio confirmetur, ſicut per mortem naturalem? num. 545. & ſeq. Quid, ſi talis pater, poſtquam emiſit vota Coadjutorum formatorum, è Societate expellatur, exiſtente adhuc filio intra ætatem pupillarem? an ſcilicet ſubſtitutio, quam antea fecerat, & vel confirmata, vel extincta fuerat, in priſtinum ſtatum reuocetur? num. 547. & ſeqq.

Si profeſſus in Religione incapaci ſuccedendi, viuis adhuc parentibus, tranſe-

at ad Religionem ſuccedendi capacem, jus ſuccedendi in hæreditate parentum, quod per primam profeſſionem fuerat extinctum, reuiuiſcit per illum tranſitum in ſecundam Religionem, illaque ſuccedit: ſi autem ejus parentes mortui ſint antequam ad ſecundam Religionem tranſiret, delata fuit ſucceſſio alijs hæredibus, nec per illum tranſitum reuocatur, num. 548.

Pupillaris facta per patrem, qui poſtea ingreſſus eſt Ordinem Minorum, & poſt profeſſionem, viuente adhuc impubere, tranſiuit ad Religionem ſuccedendi capacem, irrita redditur, nihil obſtante quòd per profeſſionem in prima Religione confirmata fuerat. Et idem eſt, ſi talis pater, viuente adhuc impubere, translatus eſt à Religione Minorum ad Epiſcopatum, num 549.

537 QVintum requiſitum ad Pupillarem ſubſtitutionem eſt, vt ante mortem teſtatoris non exeat impubes de illius poteſtate. Ita ſumitur *ex l. Quòd ſi filius*, 11. ibi: *Siue quoniam non reuerſo eo, exinde ſui juris videtur fuiſſe, ff. de Captiu. & poſtlim. reuerſ.* vbi Gloſ. *verb. Exinde, & ex l. Cohæredi, §. Cùm filiæ, ff. de Vulgari*, & tenent communiter DD. *in d. l. 2. in princip. ff. eod.* vbi Barthol. *num.* 14. Alex. *num.* 20. Jaſ. *num.* 21. Ripa, *num.* 26. Angel. Salic. Imola, & alij, Item *in ſuis tract. de Subſtit. in materia Pupillaris*, Bald. *num.* 11. Barth de Hueio, *num.* 7. Zaſius *ſub num.* 15. & Leon. *num.* 155. Coſta *in cap. Si pater, 2. p. verb. Teſtatore mortuo, num.* 12. Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 3. num.* 44. Trentacinq. *de Subſtitut. p. 2. cap. 12. num. 1.* & cum multis alijs Fuſar. *de Subſt. q.* 118. *num.* 40. Hinc ſequitur extingui Pupillarem ſubſtitutionem, ſi impubes, cui facta eſt, emancipetur, vel adoptetur tali adoptione, perquam deſinat eſſe in poteſtate patris, vt notant Barth. Bald. Zaſ. Leon. Trentacinq. & cæteri ferè omnes proximè citati: quia tam per emancipationem, quàm per illam adoptionem exit impubes de poteſtate ejus, qui ei pupillariter ſubſtituerat.

Sequitur etiam, extingui ſubſtitutionem Pupillarem per profeſſionem religioſam factam à teſtatore in Religione capaci ſuccedendi in bonis profitentium, vt contra nonnullos docent optimè Coſta *d. verb. Teſtatore mortuo, numer.* 10. & *ſeqq.* & Sanch. *dict. cap. 3. num.* 44. & hoc ſiue impubes moriatur viuo teſtatore profeſſo, ſiue poſt ejus mortem: quia profitendo deſinit pater habere poteſtatem in filios, vt probat idem Coſta, *num.* 11. & Sanch *lib. 4. in Decal. cap. 35. num.* 44. noſque etiam tradidimus ſuprà *diſp. 1 ſect. 5. §. 4. num.* 210. & ſic ex defectu prædicti requiſiti euaneſcit Pupillaris ſubſtitutio, quam antea ipſis filijs, vel alicui eorum fecerat. Si autem pater profiteatur in Religione incapaci ſuccedendi, vt in Ordine Minorum contrarium eſt dicendum, vt tradunt cit. DD. Coſta *num.* 6. & Sanch. *d. cap. 3. num.* 42. quia profeſsio in tali Religione æquiparatur morti naturali: ac proinde quemadmodum per mortem naturalem teſtatoris confirmatur teſtamentum, & conſequenter etiam Pupillaris ſubſtitutio, ſi pupillus tunc fiat ſui juris; ita etiam confirmatur per profeſsionem teſtatoris in tali Religione, nihil obſtante quòd pupillus ſtatim exeat de poteſtate teſtatoris. Quod aliter ſe habet, quando teſtator profitetur in Religione capaci ſuccedendi; quia licèt etiam per talem profeſsionem moriatur ciuiliter, tamen non cenſetur tanquam mortuus naturaliter, cùm adhuc quatenus eſt membrum communitatis ſuccedendi capacis, ipſe etiam aliquo modo cenſeatur capax; quo fit vt teſtamentum, quod antea fecerat, non confirmetur ſimpliciter per ejus profeſsionem, ſed ſolùm per mortem naturalem, vt latè relatis plurimis, tradit, ac declarat Sanch. *d. cap. 3. num. 55. per text. in l. Cùm pater, 79. §. Hæreditatem, ff. de Leg. 2. & in l. Statius, 48. §. Cornelio, ff. de Iure Fiſci.* Proindeque Pupillaris ſubſtitutio in eo teſtamento facta, confirmata non eſt per profeſsionem talis teſtatoris, ſed confirmanda eſſet per ejus mortem 548

tem naturalem, ſi pupillus tunc repereretur in ejus poteſtate: at pupillus non eſt tunc in poteſtate illius, ſiquidem tempore quo ille profeſsionem fecit, liberatus eſt, & ita ex defectu præfati requiſiti, talis ſubſtitutio euaneſcit.

539 Limitatur autem primò prædicta communis ſententia, vt non procedat quando impubes exiuit de patria poteſtate per aliquam dignitatem, vt per Epiſcopatum ex diſpenſatione Summi Pontificis. Tunc enim non euaneſcit Pupillaris ſubſtitutio illi facta, vt tradunt Barthol. *in d.l.2.num.15 ff.de Vulgari*, & ibi Alex. Jaſ. Socin. ſen. Aleiat. & Ripa *num.*26. Guilhel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num* 15. *de Teſtam. in ſuis tractatibus de Subſtit.tit. de Pupillari*: Polit. *numer.* 37. Bald. *numer.* 12. Zaſ. *num.* 16. Barthol. de Hucio, *num.* 7. & Leon. *num.* 156 Trentacinq.*d cap.*12. *num.*5. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 118. *num.* 47. eſtque communis reſolutio. Quia egrediens à patria poteſtate per dignitatem non amittit vlla jura naturalia, & legitima ſibi vtilia, *Auth.Conſtitutio, quæ de dignitatibus*, §. *Illud*, *& Auth. Sed Epiſcopalis dignitas, Cod. de Epiſcopis, & clericis*, dignitas enim nulli debet eſſe damnoſa, *l.pen.* & ibi Barth. *ff. de Senator.* Subſtitutio autem Pupillaris, eſt fauorabilis & commoda impuberi, Gloſ. *in l.Ex tribus, Cod. Inoffic. teſtam. & in l.Iulianus*, vbi etiam Barthol. *ff. de Acquir. hæred.* & DD. communiter.

540 Limitatur ſecundò, vt non procedat, ſi eſt ſpes quòd impubes reincidet in poteſtatem ſubſtituentis: vt ſi eſt captus ab hoſtibus poſt factam ſubſtitutionem, quo caſu non perit ſubſtitutio, quandiu ille poteſt reuerti, & redire in poteſtatem patris: eo namquè in vita patris reuerſo, & poſt mortem ipſius patris in pupillari ætate defuncto, pupillaris ſubſtitutus admittitur: cùm jure poſtliminij ita reſtituatur à captiuitate reuerſus, acſi nunquam extitiſſet captiuus, vt conſtat ex toto ferè *tit.ff. de Capt. & poſtlimin. reuer.* Atque ita in ſpecie tradit Polit. *tract. de Subſtit. rubr. de Pupillari numer.* 38. Quin etiam ſatis eſt ſpes quòd mera fictione juris pupillus reincidet in poteſtatem ſubſtituentis, ad hoc vt Pupillaris nô pereat ex defectu prædicti requiſiti. Nam ſi pater poſt factam ſubſtitutionem filio impuberi captus ſit ab hoſtibus, & in captiuitate decedat, licèt teſtamentum quod antea fecerat, effectum fuerit irritũ, & per conſequens etiam ipſa Pupillaris ſubſtitutio corruerit, tamen per *legem Corneliam* vtrumque confirmatur, quia fingitur deceſsiſſe in ciuitate; vnde filio impubere, quem in ciuitate reliquerat, poſtea intra tempus pubertatis defuncto, perinde valet ſubſtitutio, ac ſi pater non fuiſſet captus, prout expreſsè habetur *in l. Lex Cornelia*, 28 *ff. de Vulgari*. Et ita ſufficit, quòd pupillus per fictionem juris reincidat in poteſtatem ſubſtituentis, ad hoc vt Pupillaris ſubſtitutio vim habeat, ſi aliqua requiſita non deſint. Plura circa hoc diſtinguit Polit. *loco cit.* vbi etiam conſiderat, quando tam filius, quã pater fuit captus, de quo caſu agitur *in l. Si pater*, 29. *ff. de Vulgari*. Has tamen diſtinctiones hic omittimus, quia ſatis in præſenti eſt, quòd conſtet nôn perire Pupillarem ſubſtitutionem per ceſſationem patriç poteſtatis in vita teſtatoris, ſi eſt ſpes quòd pupillus in eam reincidet. Quam reſolutionem tradunt Barthol. *in d.l.2. in princip. num.* 14. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Jaſ. Socin. ſen. Alciat. & Ripa, *num.* 26. *& in ſuis tract. de Subſtit. in materia Pupillaris*, Bald. *numer.* 11. Barth. de Hucio *num.*7. & Polit. *vbi ſupra*, Trentac. 2.*p.cap.*12.*num* 4. & Fuſar. *q.*118.*num.*41. vbi refert alios, qui teſtantur, hanc eſſe communem ſententiam.

Limitatur tertiò, vt non procedat quando impubes per emancipationem, vel adoptionem exiuit de poteſtate patris, qui ei pupillariter ſubſtituerat, ſi poſtea ab eodem patre adoptetur, & in ejus poteſtatem redeat: conualeſcit enim tunc ſubſtitutio antea facta, vt tenent communiter DD. *in d.l.2.ff.de Vulgari*, teſte Fuſar. *d q.*118. *num.*4. vbi pro eadem ſententia refert Rip. Alciat. Salic. Odd. Craſſ. & alios. Eandem tenet Menchac. 541

de

Digitized by Google

de Succeſſ.progreſſ. lib.2.§.10. numer.45. & §.14.num.109. & ſeq. & Trentacinq. *d.cap.12.num.6.* Probatur facilè ex dictis ſupra, *num.* 523. *& ſeqq.* vbi cum cõmuniori ſententia tradidimus, non requiri adPupillarem ſubſtitutionem,quòd impubes ſit in poteſtate ſubſtituentis quando fit teſtamentum, ſed ſatis eſſe quando teſtator moritur. Hinc enim à fortiori ſequitur, valere ſubſtitutionem factam ei, qui non ſolùm tempore mortis teſtatoris, ſed etiam tempore facti teſtamenti erat in poteſtate teſtatoris, licèt medio tempore ab illa exiuerit; cùm per talem exitum non peruenerit ad caſum, à quo non poſſet incipere, & alioqui faciliùs confirmetur, quòd initio valuit, quàm quòd non valuit, *l. Poſthumus, in princ. ff. de Injuſto rupt. teſtam.cum ſimil.*

542 Dubitant verò DD. vtrùm in hoc caſu conualeſcat ſubſtitutio de jure Ciuili, an de jure Prætorio? atque in vtramque partem ſunt opiniones: mihi verò placet quòd de jure Ciuili; vt relatis alijs bene probat Trentacinq. *d. cap.12. num.* 7. & tenent etiam alij apud Fuſar. *d.q.*118.*numer.*46. cùm enim de jure Ciuili ſufficiat quòd impubes ſit in poteſtate quando teſtator moritur, vt ſupra probatum eſt, non eſt dicendum ſubſtitutionem fuiſſe ſimpliciter extinctam per egreſſum à patria poteſtate, viuo teſtatore; ſiquidem non peruenit ad caſum, à quo non poſſet incipere: ſi autem non fuit extincta, non oportet recurrere ad reualiditatem de jure Prætorio, ſed ipſo jure tandem confirmatur per exiſtentiam ſub patria poteſtate, quando teſtator moritur.

Si autem quæras, vtrùm in aliquo caſu
543 de jure Prætorio reuiuiſcat Pupillaris jure Ciuili extincta? Reſpondeo affirmatiuè: nam ſi impubes, cui pater pupillariter ſubſtituit, poſt mortem patris ſe in arrogationem dederit, extinguitur de jure Ciuili ſubſtitutio illi facta, eoquod per illam arrogationem fuerit capite minutus, quæ minutio de jure Ciuili pupillare teſtamentum perimit:& licèt poſtea ille impubes exeat de poteſtate arrogatoris, & fiat ſui juris, non propterea reuiuiſcit de jure Ciuili dicta ſubſtitutio, quia eo jure ſemel extincta non reualidantur, *l. Cætera, §. Tractari, ff. de Leg.* 1. *l. Inter ſtipulantem, §. Sacram, ff de Verbor. oblig. & §.* 1. *Inſt. de Inutil. ſtipulat.* At reuiuiſcit de jure Prætorio, argum. *l. Poſthumus, verſ. Idem & citra,* juncta Gloſ. *ibi, ff. de Injuſto rupto teſtam. & §. Non tamen, Inſt. Quibus mod. teſtam.infirm.* Quam ſententiam tenent Gloſ. *in l. Si arrogator, ff. de Adoption.* & ibi Barth. Bald. Alber. Signorol. *num.* 10. & Iaſ. *num.*36. *&* 37. Eandem tenet, & latiùs declarat Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 2. *cap.*12. *ſub num.* 7. vbi aduertit, quòd vt tale teſtamentum pupillare reuiuiſcat, non eſt neceſſaria noua voluntatis declaratio, quamuis contrarium pro alijs teſtamentis ante arrogationem factis diſpoſitum ſit *in l. Qui ex liberis. §. Teſtamento, ff. de Bonor. poſſeſ. ſecund. tab.* Et ratio eſt, quia teſtamentum pupillare eſt conditum à patre independenter à voluntate pupilli, & independenter etiam à voluntate illius conſeruatur. Vnde nõ eſt conſiderabile, quòd pupillus, dando ſe in arrogationem, cenſeatur voluiſſe illud abrogari; cùm ejus volũtas nihil operetur in tali teſtamento, ſed ſola voluntas patris. Ergo etiam, vt in caſu propoſito validetur neceſſaria non eſt vlla voluntas pupilli; ſed ſolùm quòd liberetur à poteſtate arrogatoris: maximè cùm generatim loquendo pupillus non habeat velle, neque nolle, *l.*1.*Cod.de Falſa moneta.* Videas ad hæc, quæ *diſp.præced.ſect.* 10. *§.*7.*num.* 497. dicta ſunt.

Ex dictis colliges, quid dicendum in 544
quadam dubitatione, quam Sanch. *tom.* 2.*in Decal.lib.*7. *cap.* 3. *num.* 50. excitat circa ſubſtitutionem Pupillarem factam filio impuberi à patre, qui poſtea ingreſſus eſt Religionem Societatis Jesv, & in ea vota Biennij emiſit, poſt aliquod verò tempus, antequam altiorem gradum obtineret, ab ea dimiſſus eſt. In quo caſu monet bene idem Sanches, quòd cùm ille pater per dicta vota effectus fuerit verè Religioſus,& tranſierit in poteſtatem Religionis, eo ipſo deſiuit habere filium in

Digitized by Google

in poteſtate, & conſequenter Pupillaris ſubſtitutio antea facta extincta eſt, juxta ſupra dicta *numer.* 538. Vnde, patre illo poſtea egreſſo, & à votis liberato, dubitatur an filius reincidat in ejus poteſtatem, & ſubſtitutio conualeſcat; ita vt ſi talis filius poſt patrem decedat in pupillari ætate ſubſtitutus admittendus ſit? Et reſpondetur affirmatiuè cum eodem Sanch. quia ſicut ſtatus Religioſus per illa vota aſſumptus eſt reuocabilis per dimiſsionem à Societate, ita etiam ejuſdem ſtatûs effectus, nempe amiſsio patriæ poteſtatis, reuocabilis erit, vt ferè in ſpecie docet Rebel. *tract. de Oblig. juſt.* 2. *p. lib.* 1. *q* 8 *ſect.* 6. *num.* 63. *&* 64. Et ſic patre illo egreſſo è Societate reincidit filius in ejus poteſtatem, ac per conſequens conualeſcit prædicta ſubſtitutio, cùm ad illam ſufficiat, quòd tempore mortis teſtatoris filius ſit in illius poteſtate, præſertim ſi etiam tempore conditi teſtamenti in poteſtate illius erat, vt ex dictis conſtat.

545 Si autem pater, poſt factam Pupillarem ſubſtitutionem filio impuberi, profiteretur in Societate, dicit idem Sanch. *d. cap.* 3. *num.* 46. nemini dubium eſſe, quòd illa profeſsione confirmetur ſubſtitutio, perinde ac morte naturali; quia tam ille profeſſus, quàm ipſa Religio eſt incapax ſuccedendi, proindeque habet illa profeſsio omnes effectus mortis naturalis, ſicut ſupra, *num.* 538. dictum eſt de profeſſione in Ordine Minorum. Additq; idem dicendum eſſe de votis Coadjutorum formatorum in eadem Societate emiſsis; quia quamuis ſint ſimplicia, reddunt vouentem incapacem ſuccedendi; & ipſa etiam Religio, cujus ſunt membra, incapax eſt.

546 Hæc tamen reſolutio ſolùm poteſt habere locum in eo, qui finito nouitiatu non emitteret conſueta vota ſimplicia, ſed ſtatim faceret profeſsionem, aut emitteret vota Coadjutorum formatorum, quod vix, aut nunquam conceditur. Nam ſi priùs emittat conſueta vota Biennij, cùm per illa amittat patriam poteſtatem, vt dictum eſt, perit omnino ſubſtitutio Pupillaris; ſiquidem ad illam neceſſario requiritur quod impubes, cui facta eſt, non exeat de poteſtate teſtatoris ante ejus mortem naturalem, vel ſaltem ciuilem, quæ naturali æquiparetur, ſeu per quam teſtamentum confirmetur, & incipiat habere effectum, vt ex dictis conſtat. Religioſus autem Societatis per ſola vota Biennij non cenſetur ita mori, nec ejus teſtamentum per talia vota vllo modo confirmatur, cùm adhuc maneat capax ſuccedendi, nec amittat dominium bonorum, poſsitque condere nouum teſtamentum, & reuocare antea factum, vt eſt certiſsimum. Ergo ſi ille pater poſtea faciat profeſsionem, vel emittat vota Coadjutorum formatorum, quo tempore cenſetur mori naturaliter, quoad effectum confirmandi teſtamentum, neceſſario fatendum eſt perire omnino dictam Pupillarem ſubſtitutionem, cùm ad hanc ſit proriùs neceſſarium, vt pupillus ſit in poteſtate patris, tempore quo pater moritur, & teſtamentum confirmatur, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari*, & conſtat ex dictis pro tertio requiſito.

Si tamen ille pater poſt emiſſa vota 547
Coadjutorum formatorum expelleretur à Societate, cùm per talem expulſionem maneat omnino ſolutus votis, & ſic capax ſuccedendi, & habendi proprium, non immeritò dubitatur, an ſi adhuc filius, cui pupillariter ſubſtituerat intra pupillarem ætatem exiſtat, talis ſubſtitutio redeat ad priſtinum ſtatum? Quæ dubitatio alio modo ſe habet in caſu, quo pater ſtatim poſt nouitiatum emiſit dicta vota Coadjutorum formatorum, (in quo caſu non perijt ſubſtitutio, ſed ſtatim per illa vota fuit confirmata, perinde acſi pater moreretur naturaliter, vt conſtat ex dictis *numer.* 545.) atque in caſu, quo pater priùs emiſit conſueta vota Biennij, & deindo vota Coadjutorum formatorum, vt fieri ſolet: quo in caſu ſubſtitutio fuit extincta, vt *num. præcedenti* oſtenſum eſt.

In primo enim caſu dubitatur, vtrùm ſubſtitutio, quæ per illa vota fuit confirmata, redeunte patre ad ſæculum, dum 548
adhuc filius exiſtit in ætate pupillari, reuo-

Digitized by Google

uocetur ad priſtinum ſtatum, quem habebat antequam confirmaretur, ita vt ſi, viuo naturaliter patre, filius moriatur ante pubertatem, non ſuccedat ſubſtitutus in ejus bonis, ſed parentes ipſius impuberis? Vel ſi impubes ante patris expulſionem mortuus ſit, ſubſtitutus, qui tunc ſucceſsit, teneatur reddere patri bona pupilli? Proponit hanc dubitationem Sanch. *d. cap. 3. num.* 47. & ad primam ejus partem, quando ſcilicet impubes mortuus eſt poſt expulſionem patris, reſpondet, non ſubſtitutum, ſed parentes ſucceſſuros; quia in his ſucceſsionibus conſideratur capacitas tempore delatæ ſucceſsionis, quod eſt, quando pupillus, cui ſuccedendum eſt, moritur: tunc autem, cùm jam pater non reputetur mortuus, & ſit ſuccedendi capax, cenſetur pupillus ac ſi viuo patre decederet, in quo euentu expirat Pupillaris ſubſtitutio, vt oſtendemus, §. 20. *num.* 742. Quod à ſimili confirmatur exemplo monachi profeſsi in Religione incapaci ſuccedendi, nam cùm poſt profeſsionem in tali Religione nullum jus ei ſuperſit in hæreditate parentũ, ſed ſuccedant alij hæredes, perinde acſi ille eſſet naturaliter mortuus: tamen ſi transferatur ad Religionem capacem ante obitum parentum, reuiuiſcet quoad ſuccedendi effectum, & nomine illius ſuccedet monaſterium capax in illa bona, vt idem Sanch. cùm multis alijs probat *d. lib. 7. cap.* 32. *num.* 26. Ad aliam partem dubitationis, quando ſcilicet pupillus mortuus eſt ante patris expulſionem, reſpondet idem Sanch. *d. num.* 47. quòd tunc pater expulſus, & jam ſæcularis effectus, non ſuccedet in hęreditatem pupilli, quæ jam pupillari ſubſtituto delata eſt, ſiue jam ſit ab eo adita, ſiue tantùm delata. Quòd etiam probatur à ſimili argumento monachi Franciſcani tranſlati ad Religionem capacem ſuccedendi; nam ſi antequam transferretur, mortui ſunt ejus parentes, hęreditas illorum, quæ jam alteri delata eſt, non pertinebit ad ipſum monachum tranſlatum, nec ad ejus monaſterium, quantumuis ſuccedendi capax, ſed ad eum, cui antea delata eſt, non ſolùm ſi jam ab eo ſit adita, de quo nemo dubitat, verum etiam licèt tantùm ſit delata, ſecundùm veriorem ſententiam, quam relatis plurimis tradit idem Sanch. *d. lib. 7. cap.* 32. *num.* 22. quòd pari ratione procedit in noſtro caſu.

Hinc deducit Sanch. *d. cap.* 3. *num.* 48. 549 quid dicendum de ſubſtitutione Pupillari facta per patrem, qui poſtea ingreſſus eſt Ordinem Minorum, & poſt profeſſionem, viuo adhuc pupillo, tranſiuit ad Religionem ſuccedendi capacem, in qua poſtquam eſt profeſſus, obijt pupillus intra ætatem pupillarem? Dicendum videtur, inquit Sanchez, talem ſubſtitutionem reuocari, & reddi irritam, nihil obſtante quod fuerit confirmata per primam profeſsionem in Religione incapaci; quia ſicut mors ciuilis naturali æquiparata, quæ per profeſsionem in tali Religione inducitur, non eſt perpetua, ſed reuocabilis quoad incapacitatem ſuccedendi, & reipſa in propoſito caſu reuocata eſt per profeſsionem in ſecunda Religione capaci ſuccedendi; ita etiam valor ſucceſsionis ex Pupillari ſubſtitutione per illam primam profeſsionem confirmata, non erit perpetuus, & irreuocabilis ante jus quęſitum ſubſtituto, ſed reuocabilis ſimiliter per tranſlationem patris ad ſtatum ſuccedendi capacem: in præſenti autem caſu tranſlatus eſt pater ad hujuſmodi ſtatum, antequam jus eſſet quæſitum ſubſtituto, ſiquidem adhuc viuebat pupillus, à cujus morte illud jus pendebat. Igitur cùm poſt tranſlationem ad dictam Religionem, & ſtatum ſuccedendi capacem, ille pater non cenſeatur mortuus naturaliter, & pupillus jam antea egreſſus ſit de illius poteſtate, neque in eam reincidat, fatendum erit ſubſtitutionem antea factam prorſus euaneſcere, ſiue pupillus moriatur viuo adhuc patre, ſiue poſt ejus obitum, ſicut ſupra, *num.* 538. dictum eſt, quando pater profitetur tantùm in Religione capaci ſuccedendi, viuente filio, cui antea pupillariter ſubſtituerat. Vnde addit bene idem Sanch. *d. num.* 49. *fine*, corruere ſimiliter ſubſtitutionem, quando pater profeſſus in Ordine incapaci ſucceden-

ceden-

Digitized by Google

cedendi tranſlatus eſſet ad Epiſcopatum, & poſt eum tranſlatum obiret filius, cui pupillariter ſubſtituerat. Nam cùm per eam tranſlationem talis pater fiat capax ſuccedendi, eadem in tali caſu eſt ratio, atque quando ſimilis profeſſus transfertur ad Religionem ſuccedendi capacem.

550 In ſecundo caſu, ſcilicet, quando pater è Societate expulſus priùs emiſit conſueta vota Biennij, & deinde vota Coadjutorum formatorum, dubitatio eſt vtrũ ejus egreſſum è Societate, viuo adhuc filio impubere, reuiuiſcat ſubſtitutio Pupillaris, quæ per vota Biennij extincta fuerat, vt *num.* 546. probatum eſt? Reſpondeo affirmatiuè, quia per illum egreſſum recuperauit pater poteſtatem in filium, ſiquidem reuocato ſtatu Religioſo, per quem illam poteſtatem amiſerat, conſequenter etiam ipſa amiſsio poteſtatis reuocatur, vt cum Rebello, & Sanch. dictum eſt ſupra *num.* 544. teſtamentum autem pupillare, quod intercidit per egreſſum filij à patria poteſtate, viuente adhuc patre, conualeſcit per regreſſum ipſius filij ad eandem poteſtatem, ſatiſque eſt quòd filius ſub tali poteſtate exiſtat quãdo pater moritur, vt conſtat ex dictis *numer.* 541. Ergo redeunte dicto patre ad ſæculum reuiuiſcit pupillare teſtamentũ, quod ante ingreſſum in Societatem fecerat, ita vt ſi pupillus poſt ipſum patrem decedat in pupillari ętate, ſubſtitutus admittendus ſit: ſecùs autem ſi decedat viuente adhuc patre, nam tunc ſubſtitutio peribit, & parentes ipſius pupilli ei ſuccedent, vt eſt notiſsimum, & patet ex dictis *num.* 548.

§. 7. *Traduntur, & explicantur reliqua tria requiſita.*

SUMMARIUM.

Sextum requiſitum eſt, vt pater ſibi quoque faciat teſtamentum, ſeu hæredem inſtituat, niſi ſit miles, & vtrum oporteat, quòd priùs ſibi inſtituat hæredem? num. 551.

Si Pupillaris ſubſtitutio non fiat ſimul cum teſtamento principali, ſed ex interuallo, opus eſt vt fiat cum ſolemnitatibus, quæ ad ipſum teſtamentũ principale requiruntur; eod. numer. 551. *fine.*

Vtrùm valeat ſubſtitutio Pupillaris facta in teſtamento minùs ſolemni inter liberos? num. 522. *& ſeq. Et quid, ſi ipſa inſtitutio facta fuerit ſeparatim inter liberos? eod. num.* 552.

Si pater ſolùm faciat codicillos, & in eis ſubſtituat pupillariter, talis ſubſtitutio valebit jure fideicommiſsi; numer. 555.

Septimum requiſitum eſt, vt filius, cui pupillariter ſubſtituitur, non ſit præteritus, ſed vel inſtitutus, vel exhæredatus, & cur id requiratur? num. 556.

Quando impubes præteritus non rumpit teſtamentum, non rũpitur etiam Pupillaris ei facta in tali teſtamento; ibid.

Quando auus nepotem ex filio emancipato in poteſtate retentum præteriuit, & nihilominus ei pupillariter ſubſtituit, valet teſtamentum, & ſubſtitutio, niſi filius emancipatus, viuo ipſo auo patre ſuo, decedat; eod. num. 556.

Subſtitutio Pupillaris facta filio præterito, qui cùm poſſet dicere teſtamentum nullum, illud approbauit, valet; num. 557.

Subſtitutio Pupillaris facta vni filio in teſtamento, in quo alter filius eſt præteritus, conſeruatur, & valet per Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter. *num.* 558. *& ſeq. Contraria ſententia proponitur, & excluditur; num.* 560. *& ſeqq. Intelligitur verò tradita reſolutio, niſi pater filium ignoranter præteriſſet, & extraneum alteri filio ſubſtituiſſet; num.* 563.

Licèt expreſſa Pupillaris facta in teſtamento irrita ex cauſa præteritionis conſeruetur per d. Auth. Ex cauſa, *non tamen conſeruatur tacita Vulgaris, quæ ſub expreſſa Pupillari*

comprehenditur; num. 564.

Tacita Pupillaris comprehenſa ſub expreſſa Vulgari conſeruatur per d. Auth. Ex cauſa, *quando teſtamentum eſt irritum ex cauſa præteritionis; num.* 565.

Quando ſubſtitutio Pupillaris facta eſt ipſi filio præterito, nonnulli ſentiunt eam non conſeruari per d. Auth. Ex cauſa; *num* 566. *Oppoſita tamen ſententia eſt communiſsima, & tenenda; numer.* 567. *& ſeqq.*

Legata relicta filio præterito non conſeruantur per d. Auth. Ex cauſa; *num.* 566. *Cur hoc? num.* 568.

Si filius præteritus ſubſtitutus ſit pupillariter fratri impuberi inſtituto, & teſtamentum ex cauſa præteritionis expugnet, an talis ſubſtitutio conſeruetur per d. Auth. Ex cauſa? *num.* 570.

Vtrum ſtante dicto ſeptimo requiſito, irritetur Pupillaris ſubſtitutio, ſi teſtamentum rumpatur per filium per contra tabulas? Reſpondetur negatiuè, num. 571. *Quid, ſi filius emancipatus præteritus rumpit teſtamentum per contra tabulas ante aditam hæreditatem per inſtitutum? num.* 572. *& ſeq.*

Vtrum, ſtante dicto requiſito ſeptimo, ſi teſtamentum rumpatur per querelam inofficioſi, pereat Pupillaris ſubſtitutio in ea facta? num. 574.

Impubes poteſt exhæredari, etiam attento jure Authenticorum, ſi ſit doli capax: ſecus ſi doli capax non ſit; numer. 575. *& ſeq.*

Si filius exhæredetur nullâ insertâ cauſâ ingratitudinis, teſtamentum euadit irritum ipſo jure; num. 577.

Exhæredatio bona mente facta, etiam in impuberibus doli incapacibus, imò & in poſthumis, locum habere poteſt; & quæ ſit, & in quo conſiſtat hujuſmodi exhæredatio? num. 578.

Cum in jure antiquo dicitur, Pupillarem ſubſtitutionem poſſe fieri impuberibus inſtitutis, vel exhæredatis, id intelligitur etiam de exhæredatis malamente, quæ ſola eſt propria, & rigoroſa exhæredatio, num. 579.

A ſubſtituto pupillariter dato impuberi exhæredato non poteſt teſtator relinquere vllum legatum, vel fideicommiſſum, etiamſi ipſi exhæredato ampla legata reliquerit; num. 580.

Octauum requiſitum eſt, vt hæreditas ex teſtamento patris ſubſtituentis adeatur. Quod limitatur primò, niſi teſtator ſit miles. Secundò, niſi tabulæ pupillares per exiſtentiam Sui hæredis confirmata ſint. Tertiò, niſi inſtitutus, omiſſâ cauſâ teſtamenti, hæreditatem ab inteſtato poſſideat; numer. 581.

Ad confirmationem Pupillaris non requiritur quòd hæreditas adeatur ex inſtitutione in primo gradu, ſed ſatis eſt quòd adeatur ex ſubſtitutione Vulgari, ſiue tacita, ſiue expreſſa; num. 582.

Vt tabulæ pupillares confirmentur ad commodum ſubſtituti per aditionem factam ab ipſo ſubſtituto, quando ille etiam erat inſtitutus, opus eſt vt adeat ſponte, ſeu non coactus ab aliquo fideicommiſſario, ibidem.

SExtum requiſitum eſt, vt pater ſibi
quoque faciat teſtamentum, ſeu hæ- 551
redem inſtituat. Ita expreſsè habetur *in l.* 1. *in fine, & in l.* 2. *in princip. verſ. Quiſquis autem, & §. Prius, ff. de Vulgari, & in §. Liberis, Inſt. de Pupillari.* Id tamen in milite non requiritur, vt dicitur *in d. verſ. Quiſquis autem, & in l. Miles ita, § fin. & in l. In fraudem, §. fin.* vbi id magis explicatur, *ff. de Milit. teſtam.* Notandum etiam, licitum eſſe teſtatori facere ſibi & pupillo teſtamentum eodem tempore, vel ex interuallo. Et ſi quidem eodem tempore, & eâdem ſcripturâ vtrumque teſtamentum conficiat, nihil refert vtrum priùs ſibi hæredem inſtituat, vel pupillo, *d. l.* 2. *§. Prius:* at ſi ex interuallo vnum poſt aliud velit facere, opus eſt vt ſibi priùs teſtamentum faciat, vt eſt text. *in l. Si quis eum, §. fin. ff. de Vulgari, & in d. §. Prius,* qui ſic debet intelligi, vt bene docet Leon. *tract. de Subſtit.*

in

Digitized by Google

in materia Pupillaris, num. 158. idemque admittit Gloſ. *in d. l. Siquis eum, §. fin. verb. Alia rurſus.* Aduerte autem circa ordinem cōnficiendi hæc teſtamenta variè DD. ſentire, vt videre eſt apud Barth. & alios ſcribentes *in d. §. Prius*; ex quibus Gloſſa *in d. §. Prius*, Barth. & alij non admittunt prædictam diſtinctionem de confectione illorum teſtamentorum eodem tempore, vel ex interuallo:& longè diuerſo modo(quanuis ſine fundamento) intelligunt *d. §. Prius.* Quare vt omnis controuerſia vitetur,ſiue vtrumque teſtamentum fiat ſimul, ſiue diuerſis temporibus, optimè faciet teſtator,ſi priùs ſibi condat teſtamentum, deinde pupillo. Nam in hoc omnes DD. conueniunt,& ſolùm controuertunt,vtrùm in aliquo caſu liceat confici priùs teſtamentum pupillo, juxta *d. §. Prius*, qui eſt aliquantùm obſcurus. Hic etiam nota, quando Pupillaris ſubſtitutio fit ex interuallo, ſiue ante,ſiue poſt teſtamentum, opus eſſe vt fiat cum ſolemnitatibus, quæ ad principale teſtamentum requiruntur, vt bene aduertit Polit. *tract. de Subſtit. rubr. de Pupillari, num.* 58. per *l. Siquis eum*, 1. *ff. de Vulgari*, ad quod etiam facit *l. Patris & filij, ff. eod. tit.*

552 Dubitari præterea ſolet circa hoc requiſitum. Vtrùm ſi pater faciat teſtamentum minùs ſolemne inter liberos (quod teſtamentum validum eſt, *l. Hac conſultiſſima, §. Ex imperfecto, Cod. de Teſtament.*) ſatis id ſit ad valorem Pupillaris ſubſtitutionis factæ in eo ab eodem patre? Reſpondetur cum diſtinctione: nam vel aliquis de liberis eſt ſubſtitutus; & in hoc caſu valet ſubſtitutio: vel eſt ſubſtitutus extraneus, & tunc non valet. Primam hujus reſolutionis partem tradunt Barth. *in d. l.* 2. *in princip. num.* 18. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Cuman. Socin. Iaſ. Ripa, & Alciat. Paul. Caſtr. *conſil.* 353. *& conſil.* 371. *lib.* 2. aſſerens, neque in judicando neque in conſulendo recedendum eſſe ab hac ſententia, *in ſuis tract. de Subſtit. in materia Pupillaris*, Bald. *num.* 14. Barth. de Hucio *num.* 9. Zaſius *num.* 16. Polit. *num.* 43. Leon. *numer.* 160. & Trentacinq. 2. *p. cap.* 13. *numer.* 2. Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. §. 14. *numer.* 118. & alij. Præcipuum fundamentum eſt, quia Pupillaris ſubſtitutio, licèt reſpiciendo ad ſucceſsionem, ſeu ad perſonam cui ex tali ſubſtitutione ſucceditur, ſit & dicatur teſtamentum filij; attamen reſpiciendo ad ordinationem, ſeu cauſam illius efficientem, eſt & dicitur teſtamentum patris, vel certè pars, & ſequela teſtamenti paterni, vt dicitur *in cap. Si pater, de Teſtament. in* 6. & per illud prouidet pater, tum filio cui ſubſtituit, tum etiam ei quem ſubſtituit; proindeque quando filium ſubſtituit verè dicitur teſtamentum patris inter liberos: tale autem teſtamentum valet quanuis non ſit ſolemne, *d. §. Ex imperfecto:* ergo quòd illa ſubſtitutio ſit facta in dicto teſtamento minùs ſolemni,id non obſtat ejus valori, ſi ſubſtitutus eſt de liberis. Imo licèt talis ſubſtitutio ſit facta ſeparatim, & ex interuallo poſt teſtamentum paternum, valida erit, licèt facta ſit minùs ſolemniter; quia tunc etiam eſt verè teſtamentum patris inter ſolos liberos diſponentis: nec obeſſe debet quòd alia conſideratione teſtamentum filij dicitur; cùm id non tollat, eſſe etiam teſtamentum patris, & ſic priuilegiatum. Ad quod facit text. *in l. Papinianus, §. Sed neque impuberis, ff. de Inoffic. teſtament.* vbi probatur, quòd quando Pupillaris ſubſtitutio impugnari poſſet, ſi acciperetur vt teſtamentum filij, debet tunc conſiderari vt teſtamentum patris: habetur namque in illo textu, quòd licèt filius non poſſet impunè matrem præterire, ſi teſtamentum faceret, tamen pater ei pupillariter ſubſtituendo poteſt illam omnino excludere: & ſic conſideratur ibi ea ſubſtitutio, vt teſtamentum patris, ad hoc vt per matrem pupilli non impugnetur.

Aliam partem ſuperioris reſolutionis
tradunt Barth. Alex. Cuman. Socin. Iaſ. 553
Aleiat. Ripa Caſtr. Bald. Barth. de Hucio Zaſius,& Menchac. *locis proximè cit.* Trentac. *d. c.* 13. *fin.* Imol. *in c. Raynutius, de Teſt.* & alij. Probatur primò argum-

Digitized by Google

dationis tutelæ, quæ licèt contineat fauorem liberorum, quibus pater per illam prouidet, tamen ſi ſit facta in teſtamento minùs ſolemni, & tutor datus ſit extraneus, non valet, vt DD. communiter admittunt, cum Barth. *in l. Qui à patre, ff. de Confirm. tut.* Secundò & principaliter, quia relicta perſonę extraneæ in teſtamento imperfecto, ſeu non ſolemni, inter liberos, non valent, vt probat text. *in d. §. Ex imperfecto, & in l. vlt. Cod. Famil. erciſcundæ*, ibi: *Si verò in hujuſmodi voluntate deſignatis liberis alia ſit miſta perſona, certum eſt eam voluntatem, quantum ad illam dumtaxat perſonam permiſtam, pro nulla haberi*; ergo non valet etiam Pupillaris ſubſtitutio facta in tali teſtamento, per quam relinquatur hæreditas pupilli perſonæ extraneæ. Dices ſola relicta titulo inſtitutionis perſonę extraneæ in tali teſtamento eſſe irrita, non verò relicta ex alio titulo, vt conſtat ex dictis *diſp. 2. ſect. 7. §. 5. num. 199. & ſeqq.* vbi defendimus firma eſſe legata, & fideicommiſſa in eo teſtamento facta. Et ſic quod valebit etiam dicta Pupillaris ſubſtitutio. Reſpondetur negando conſequentiam; nam vt *d. §. 5. num. 201.* aduertimus *in d. §. Ex imperfecto, & in d. l. vltim. Cod. Famil. erciſc.* generaliter irritantur omnia relicta perſonæ extraneę in illo teſtamento admiſtæ. Quòd autem legata & fideicommiſſa conſeruentur, id prouenit ex jure nouiori *in Auth. de Iure imperfecto, cap. 1. verſ. Si tamen, & Auth. Quod ſine, Cod. de Teſtam.* vbi decernitur quòd ſint firma legata, fideicommiſſa, & libertates, quæ in teſtamento inter liberos minùs ſolemni vxori aut extraneis perſonis relinquuntur, ſi modo ſint ſcripta propria manu, & dicta à teſtatoribus coram teſtibus. Quod jus non debet extendi ad Pupillarem ſubſtitutionem, cùm ſit correctorium juris antiquioris, & ſic odioſum.

554 Non deſunt autem, qui indiſtinctè ſentiant, quamlibet Pupillarem ſubſtitutionem, etiam qua extraneus ſubſtitutus ſit, fieri poſſe in dicto teſtamento non ſolemni. Ita ſentiunt Aretin. *in d. l. 2. in ſexto requiſito, ff. de Vulgari*, Salic. & Coraſ. *in l. Si teſtamento, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Polit. *tract. de Subſtit. rubr. de Pupillari, num.* 43. & videtur tenere Leon. *in ſuo tract. de Subſtit. in materia Pupillaris, num. 162. & ſeqq.* Mouentur potiſsimùm ea ratione, quia Pupillaris ſubſtitutio ſemper eſt vtilis filio, ſiue ſubſtitutus ſit de liberis, ſiue extraneus, *l. Si pupillus, in princip. ff. de Acquir. hæredit.* ergo debet gaudere priuilegio teſtamenti inter liberos, vt valeat abſque juris ſolemnitate, licèt alia extraneis perſonis relicta in eo teſtamento contenta irrita ſint, argum. text. *in l. 3. §. pen. ff. de Legat. præſtan.* vbi rupto teſtamento per contra tabulas, irritantur legata facta extraneis, niſi cedant in fauorem liberorum, vt quando eſſent relicta extraneis cum onere reſtituendi ea liberis. Ad hoc tamen facilè reſpondetur, negando conſequentiam; quæ non bene probatur argumento prædicti text. Nam legata extraneis facta, quæ ibi admittuntur, quoad totum emolumentum cedunt in vtilitatem liberorum, quibus reſtituenda ſunt; ac proinde cenſentur quaſi ſolis liberis relicta. In noſtro verò caſu totum emolumentum ſubſtitutionis ſpectaret ad perſonam extraneam. Nec refert quòd honor Pupillaris ſubſtitutionis ſpectaret ad pupillum, cui hæres datur, & in jure magis attenditur honor, quàm emolumentum. Nam hoc procedit in diſpoſitione legis, non verò in diſpoſitione & ordinatione teſtatoris; nam tunc potiùs attenditur emolumentum, Barth. *in d. §. penult.* In præſenti autem loquimur de diſpoſitione teſtatoris.

Quæri etiam hîc ſolet, ſi pater 555
non faciat teſtamentum, ſed codicillos, in quibus ſubſtituat filio pupillariter, an talis ſubſtitutio valeat jure fideicommiſsi? Et reſpondetur affirmatiuè, per text. *in l. Scæuola, ff. Ad Trebellian.* qui text. eſt expreſſus, & facit etiam text. *in l. Illud, §. Tractari, ff. de Iure codicil.* vbi quando conſtat teſtatorem voluiſſe facere codicillos, verba directa trahuntur ad

Digitized by Google

ad fideicommiſſum. Atque ita poſt alios docent Bald. *tract. de Subſtit. rubr. de Pupillari, num.* 13. & Leon. *in ſuo etiam tract. de Subſtit. in materia Pupillaris, num.* 159. eſtque communis reſolutio, quam nos etiam tradidimus *diſp.* 2. *ſect.* 10. §. 2. *num.* 420

556 Septimum requiſitum eſt, vt filius, cui fit ſubſtitutio, non ſit præteritus, ſed vel inſtitutus, vel exhæredatus. Ita DD. omnes per text. *in d. l.* 2. *in princip. verſ. Sed ſi eos, ff. de Vulgari:* & ratio eſt, quia ſi ille filius ſit præteritus, eſt nullum teſtamentum patris, *l. Inter cætera, ff. de Liber. & poſthum. Inſtit. de Exhæred. liber. in princip. cum ſimil.* irrito autem teſtamento paterno, & ſic principali, conſequenter etiam eſt irrita ſubſtitutio Pupillaris illi acceſſoria. Quæ ratio ita eſt adæquata, vt quando fuerimus in caſu, quo impubes præteritus teſtamentum non rumpit, tunc ſi alia requiſita in eo concurrant, bene poſsit ei pupillariter ſubſtitui, licèt non ſit inſtitutus, neque exhæredatus. Ita ſentiunt communiter DD. Barth. *in d. l.* 2. *in princip num.* 20 *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 30. dicens eſſe communem, Socin. jun. *num.* 73 *& ſeqq.* qui etiam teſtatur de communi, Barth. *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, num.* 16. *ff. de Liber. & poſthum.* & ibi Alex. *num.* 17. & Jaſ. *num.* 20. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num.* 66. *& in ſuis tract. de Subſtitut. in rubr. de Pupillari*, Bald. *num.* 16. Bart. de Hucio *num.* 10. Polit. *num.* 40. & Leon. *num.* 172. Emman. Coſta *in cap. Si pater* 1. *p. verb. Eidem filio, num.* 1. *de Teſtam. in* 6. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 14. *num.* 17. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 118. *num.* 71. Qui omnes ponunt exemplum in nepote ex filio emancipato, ipſo nepote in poteſtate aui retento, quòd talis nepos ab auo præteritus ejus teſtamentum non rumpat, ſecundùm jura hodierna, vt latè probat Barth. *in d. §. Et quid ſi tantùm, num.* 8. Bene autem aduertit Fuſar. *d. q.* 118. *num.* 73. cum Socin. jun. *d. l.* 2. *num.* 74. *in fine, ff. de Vulgari*, & Intrigl. *de Subſtitut. centur.* 1. *q.* 79. *in fine*, id non procedere quando filius emancipatus viuo patre decederet: nam tunc nepos ex tali filio inueniens ſe præteritum in teſtamento aui illud rumpet; quia in tali caſu non impeditur à patre quominus debeat ſuccedere in hæreditate aui, & ſic poteſt dicere nullum ejus teſtamentum; & conſequenter etiam Pupillaris ſubſtitutio corruet. Aliud exemplum, in quo impuberi præterito poterit pupillariter ſubſtitui, eſt quando extaret Statutum, quo filij in vita patris dotati poſſent præteriri in ejus teſtamento: nam tunc etiam illis filijs præteritis poterit pater pupillariter ſubſtituere, ſi alia requiſita concurrant, Barth *in l.* 1. *§. fin. ff. Ad Tertul.* Alex. *in l. Filiæ dotem, Cod. de Collat.* alijque ibid. Ripa *in d. l.* 2. *num.* 30. *fine, ff. de Vulgari;* Menchac. *de Succeſſ. creat. lib.* 2. §. 16. *numer.* 4. Trentacinq. *dict. numer.* 17. *fine*, & Fuſar. *d. q.* 118. *numer.* 74.

Vtrùm ſimiliter valeat Pupillaris ſubſtitutio facta filio præterito, qui licèt poſſet dicere teſtamentum nullum, illud tamen approbauit? Reſpondetur affirmatiuè; quia tale teſtamentum per illam approbationem validatur, & ſic ipſa etiam Pupillaris ſubſtitutio redditur valida: oportet autem vt approbetur cum auctoritate tutoris, vt per *l. Si ad pupillum, ff. de Authorit. tutor.* Sic Barth. *in d. l.* 2. *in princip. num.* 21. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 34. & alij Cuman. *in l.* 1. *numer. fin. ff. eod.* & ibi Caſtr. & Alex. *num.* 3. *verſ. Cum tamen*, Imola, *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, de Teſtam.* Bald. *tract. de Subſtit. rubr. de Pupillari, num.* 17. Barth. de Hucio *de Subſtit. rubr. de Pupillari, num.* 10. cum Goffr. quem ibi refert, Menchac. *de Succeſſ. progreſſ.* §. 14 *num.* 137. & cum alijs teſtantibus eſſe communem opinionem, Fuſar. *d. q.* 118. *num.* 68. 557

Plures aliæ quæſtiones circa prædictum requiſitum à DD. agitantur, ſpectato tantùm jure antiquo, præſertim in *dict. l.* 2. vbi hoc requiſitum exprimitur: quæ quidem omnes, vel maiori ex parte ceſſant, ſi illud jus anti-

Digitized by Google

quum jam hodie non viget, vt multi ſentiunt per *Auth. Ex cauſa,* Cod. *de Liber. præter.* vbi habetur quòd ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis, teſtamentum eſt irritum quoad inſtitutiones, cætera verò firma manent. Igitur operæpretium erit, ſi ſtatim videamus quid circa hoc tenendum ſit?

558 Quæſtio igitur eſt, vtrùm per *d. Auth. Ex cauſa,* ſuſtineatur Pupillaris ſubſtitutio facta in teſtamento rupto ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis injuſtę? Qua in re duo principales caſus ex mente Doctorum diſtinguuntur. Primus eſt, quando vni filio inſtituto facta eſt Pupillaris ſubſtitutio in teſtamento, in quo alius filius præteritus eſt. Et in hoc caſu communiſsima ſententia eſt, quòd expugnato teſtamento ob præteritionem alterius filij, nihilominus ſubſtitutio alteri facta conſeruatur per *d. Auth. Ex cauſa.* Ita ſentiunt Gloſ. *in l. 1 §. vlt. verb. Obſeruari, ff. de Vulgari,* & ibi Barth. *num.* 3. Imol. Alex. Bald. Raphael, & Paul. Caſtr. Oldr. *in d. Auth. Ex cauſa,* & ibi Barth. Angel. Fulgoſ. Salic. Paul. Caſtr. & Iaſ. *num.* 16. Angel. *in l. Papinianus, §. Sed nec impuberis, ff. de Inoffic. teſtam.* & ibi Bald. Bart. *in l. Filio præterito, num.* 12. *ff. de Injuſto rupto teſtam.* & ibi Imola, Angel. *in Auth. Vt cum, de Appellat. cognoſc. §. fin. col. antepenult.* Imola, *in cap. Raynutius, num.* 39. *de Teſtament.* & ibi Guilhel. Bened. *in materia Pupillaris, num.* 66. *& ſeq.* Ripa, *in l.* 2. *num.* 31. dicens eſſe communem, *ff. de Vulgari,* Bald. *conſil.* 328. *lib.* 1. *& conſ.* 113. *lib.* 5. Angel. *conſ.* 99. *col. vltim. & conſ.* 212. Anton. de Butr. *conſ.* 98. Roman. *conſ.* 181. *num.* 3. *& conſ.* 516. *fine,* Alex. *conſ.* 47. *col.* 2 *lib.* 2. Bertrand. *conſ.* 129. *num.* 1. *lib.* 5. vbi dicit eſſe magis communem, Corn. *conſil.* 148. *lib.* 3. Oldrad. *conſ.* 58. *num.* 3. *&* 26. Bald. *tract. de Subſtit. rubr. de Pupillari, num.* 16. Polit. *de Subſtitut. rubr. de Pupil. numer* 42. Leon. *de Subſtit. in materia Pupillaris, num.* 178. dicens eſſe communem DD. Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. §. 14. *num.* 137. Emman. Coſta, *in cap. Si pater,* 3. *p. verb. Cenſendum, num.* 9. Jul. Clar. §. *Teſtamentum, q.* 54. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 14. *num.* 11. dicens hanc eſſe communem, & receptam ſcribentium ſententiam. Et cum multis alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 119. *num.* 1. qui DD. fere omnes indiſtinctè aſſerunt, Pupillarem ſubſtitutionem factam in teſtamento vitiato ex cauſa præteritionis, conſeruari hodie per *d. Auth. Ex cauſa,* ſub qua indiſtinctione præcipuè intelliguntur comprehendere caſum, de quo hic loquimur, nam in eo planè, & ſine difficultate militant argumenta, quibus ducuntur. Mouentur enim ex ſequentibus.

Primò, quia *in d. Auth. Ex cauſa,* expreſsè habetur, quod ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis corruit teſtamentum quantum ad inſtitutiones, cætera verò firma permanent: in cæteris autem Pupillaris ſubſtitutio comprehenditur, vt probat text. *in l. Qui plures, §. fin. ff. de Vulgari, & in l. Nam quòd, §. Siquis compulſus, ff. Ad Trebel.* eò præſertim, quòd talis ſubſtitutio eſt fauorabilis pupillo, *l. Si pupillus, in princip. ff. de Acquir. hæredit.* & nemini odioſa. Secundò, quia in corpore vnde d. Authentica deſumpta eſt, nempe *in Auth. Vt cum, de Appellat. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum, juncto §. Siue igitur omnes, verſ. Si verò contigerit,* cauetur vt ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis injuſtæ, ſit inualidum teſtamentum quantum ad hæredis inſtitutionem, *at ſi in eo ſcripta fuerint legata, fideicommiſſa, libertates, tutelæ, aut alia quælibet capitula, ea omnia impleantur:* vbi planè ſub illis alijs capitulis Pupillaris ſubſtitutio comprehenſa eſt; ſiquidem vltra legata, fideicommiſſa, libertates, & tutelas, vix aliud capitulum teſtamenti cogitari poteſt, niſi illa ſubſtitutio; nec vlla eſt ratio, cur illa excludenda eſſet: maximè cū dicens, *omne,* vel *omnia,* nihil excludat, *l. Iulianus, ff. de Leg* 3. Tertiò deniquè quia ratio, ob quam Imperator, *in d. Auth. Vt cum, de Appellat. cog.* ſtatuit vt teſtamentum, in quo filius injuſtè fuerit præteritus vel exhæredatus, ſit irritum quan- 559

Digitized by Google

quantum ad inſtitutiones, ſaluis manentibus alijs capitulis in eo contentis, eſt ne filij falſis accuſationibus condemnetur, vel aliquam circunſcriptionem in parentum ſubſtantijs patiantur, vt exprimitur, *in d. Auth. §. Siue igitur omnes*, quæ ratio ceſſat in legatis, fideicommiſsis, & alijs capitulis teſtamenti, præter inſtitutionem: atqui hæc ipſa ratio non minùs ceſſat in Pupillari ſubſtitutione, quàm in quouis alio capitulo, cùm per illam non impediatur filius præteritus quominus ſuccedat ab inteſtato in hæreditate patris, nec ſubſtitutus ipſi patri, ſed pupillo ſucceſſurus ſit; ergò manet ſalua, & firma per *d. Auth.* ſicut alia capitula ibidem expreſſa.

560 Contrariam tamen opinionem magis probarunt Dinus citatus à Bartholo *in d. l. 1. § fin. ff. de Vulgari*, quamuis poſtea ſententiam mutauerit, teſte Coſta vbi ſupra, Bald. ſibi contrarius, *in d Auth. Ex cauſa, num 41. & ſeq. & in rubr. alias in l. 1. Cod Siquis omiſſâ cauſâ teſtament.* Joan Ign. *in d. Auth: Ex cauſa, in repetit. num 167.* Corraſ *in l. Si teſtamento, num 54 Cod. de Impub. & al. ſubſtit.* Citatur etiam pro eadem Jaſ *in d. §. fin. num.* 9. quamuis ſolùm diſputandi cauſâ eam ibi defendat: cujus opinionis hæc ſunt præcipua fundamenta. Primum, quia Pupillaris ſubſtitutio fieri, & valere non poteſt niſi ſubſtituens ſibi hæredem inſtituat, vt *ſupra, in ſexto requiſito* dictum eſt, & niſi inſtitutus hæreditatem adeat, vt *in vltimo requiſito* dicetur, & conſtat per *d. l. 2. §. Quiſquis, ff. de Vulgari.* Ergo cùm ex cauſa præteritionis teſtamentum ſit nullum, quoad inſtitutionem, quæ perinde habetur, acſi non eſſet facta, neque ex illa poſsit adiri hæreditas, non poteſt Pupillaris ſubſtitutio valere per *d. Auth. Ex cauſa*, ſed ſolùm valebunt quæ abſque hæredis inſtitutione fieri poſſunt, vt legata fideicommiſſa, &c. Secundum, quia text. *in d. Auth. Ex cauſa, & in d. §. Aliud quoque capitulum, & d. verſ. Si verò*, quibus communis ſententia nititur, loquuntur, & procedunt tam in teſtamento paterno, quàm in materno, quo filius eſt injuſtè præteritus, vel exhæredatus: ſed prout loquuntur in teſtamento materno non confirmant Pupillarem ſubſtitutionem, quæ in eo ſit facta, vt omnes fatentur, cùm matri non concedatur facultas faciendi talem ſubſtitutionem: ergo etiam non tribuunt vim Pupillari ſubſtitutioni factæ in teſtamento paterno, ſed ſolùm confirmant capitula, quæ præter inſtitutionem hæredis vtrique teſtamento conuenire poſſunt, juxta regulam, quod determinatio reſpiciens plura determinabilia pariformiter determinare debet, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.*

Hæc tamen leuiora ſunt, quàm vt propter illa diſcedendum ſit à communi ſententia. Ad primum itaque reſpondetur, non valere conſequentiam: nam etiam datio tutelæ de jure ordinario requirit teſtamentum, cùm non poſsit fieri niſi vel in teſtamento, vel in codicillis confirmatis teſtamento, *l. 2. Cod. de Teſtam. tutel.* & requirit etiam aditionem hæreditatis, *l Si nemo, 1. ff. de Teſtament. tut.* Et nihilominus quando teſtamentum eſt irritum ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis, conſeruatur per *d. Auth. Ex cauſa*, vt patet ex corpore *in verſ. Si verò contigerit*, vbi id exprimitur. Item in alio caſu infirmato teſtamento quoad inſtitutionem, tabulæ pupillares conſeruantur; quando ſcilicet hæres inſtitutus non vult adire hæreditatem ex teſtamento, vt illam poſsideat ab inteſtato, vt expreſſè habetur *in d. l. 2. § Quiſquis verſ. Planè, ff. de Vulgari.* Dicimus ergo, quòd licèt regulariter, & jure ordinario ad Pupillarem ſubſtitutionem requiratur quòd ſubſtituens ſibi faciat teſtamentum validum, & ex eo adeatur hæreditas, id tamen fallit in caſu ſpeciali *d. Auth. Ex cauſa.* 561

Ad ſecundum reſpondetur, licèt illi textus loquantur tam in teſtamento paterno, quàm materno, inde non ſequi quod non confirment paternum quoad capitula, quæ non conueniunt materno; nam *in d. §. Si verò contigerit*, confirmatur expreſsè datio tutoris, cùm tamen 562

Digitized by Google

mater tutorem dare non poſsit, ſed ſolus pater, *l. Mater, Cod. de Teſtam. tut. & l. Peto, §. Mater, ff. de Leg.2.* Neque obſtat dicta regula de pariformi determinatione; tum quia hæc regula non procedit, quando in determinabilibus ſunt rationes diuerſæ, vel contrarium intelligitur ex mente diſponentis; tum etiam quia in præſenti ſaluatur pariformitas, in eo quod quemadmodum in teſtamento paterno confirmantur quælibet capitula ei conuenientia præter ſolam inſtitutionem, ita etiam in materno confirmantur capitula, quæ illi conueniunt: quòd autem plura capitula conueniant vni, quàm alteri, id non pertinet ad vniformitatem confirmationis.

563 Intelligitur verò dicta communis ſententia, niſi pater filium ignoranter præterijſſet, & extraneum alteri filio ſubſtituiſſet: quia non eſt præſumendum, quòd teſtator voluit præferre extraneum in hęreditate pupilli filio, quem ſe habere ignorabat, *l. Cum auus, ff. de Condit. & demonſtr. l. Cum acutiſsimi, Cod. de Fideicommiß.* Et ita ſentiunt Salicet. *in d. Auth. Ex cauſa*, Alex. *in l. 1. §. fin. col. vlt. ff. de Vulgari*, Ripa *in l. 2. num. 32. ff. eod.* Odd. *conſil. 58. num. 24.* Trentac. dicens eſſe concluſionem veriſsimam *d. cap. 14. num. 13.* & Fuſar. *d. q. 118. num. 5.* tenet etiam Coſta *in cap. Si pater, 3. p. verb. Cenſendum, num. 18.*

564 Intelligitur etiam vt valeat quidem per *d. Auth. Ex cauſa*, Pupillaris ſubſtitutio facta in teſtamento ex cauſa præteritionis irrito, at non valeat tacita Vulgaris, quæ ſub ipſa Pupillari expreſſa continetur. Quia talis ſubſtitutio eſt ſecunda inſtitutio in hæreditate patris ſubſtituentis, *l. In ratione, §. Quod vulgo. ff. Ad leg. Falcid*; *in d.* verò *Auth. Ex cauſa*, non confirmatur, ſed potiùs irrita decernitur quælibet talis inſtitutio in dicto teſtamento facta, ne ſcilicet filius præteritus impediatur habere hæreditatem patris, vt conſtat ex *d. Auth. Vt cum, de Appellat. cognoſc. d. verſ. Si verò contigerit*, & ſic tam expreſſa, quàm tacita Vulgaris ſubſtitutio in dicto teſtamento contenta irrita eſt, tam per jus antiquum, quàm etiam per illam Auth. Atque ita tenent Alex. & Iaſ. *in d. l. 1. §. fin. ff. de Vulgari*, Ripa *in d. l. 2. ff. eod.* Trentac. *d. cap. 14. num. 12.*

Si quæras, vtrùm per *d. Auth Ex cauſa*, conſeruetur ſubſtitutio Pupillaris tacita comprehenſa, ſub expreſſa Vulgari facta impuberi inſtituto in teſtamento, in quo frater inſtituti injuſtè præteritus, vel exhæredatus eſt? Reſpondetur affirmatiue, quia licèt illa Vulgaris expreſſa non conſeruetur, id non tollit quominus valeat tacita Pupillaris ſub ea comprehenſa, quemadmodum valeret expreſſa, cùm taciti & expreſsi eadem ſit virtus, *l. Cùm quid, ff. Si cert. pet.* & non minùs principaliter ſit inuenta à teſtatore, poſsitque per ſe ſubſiſtere ſubſtitutio tacita, quàm expreſſa, ſub qua tacita continetur, vt ſæpius in hac diſput. dictum eſt præſertim *ſect. 2. §. 26. num. 423. & 427.* Atque ita hanc quęſtionem reſoluit Curtius junior *in d. Auth. Ex cauſa, num. 53. verſ. Sed hic caueſ.* quam ſententiam dicit Coſta *ſupra, num. 13.* videri probabilem. 565

Secundus caſus eſt, quando ſubſtitutio Pupillaris facta eſt ipſi filio præterito. Et in hoc caſu nonnulli ſentiunt non conſeruari illam ſubſtitutionem per *d. Auth. ex cauſa.* Sic tenent Bald. *in eadem Auth.* & ibi Angel. & Ioan. Ign. latiſſimè *à num. 177. vſque ad num. 182.* Bald. *conſil. 128. lib. 1. & conſ. 113. lib. 5.* Ludou. Roman. *conſil. 516. num. 10.* vbi Mandoſ. *in Addition. lit. F.* dicit, hanc opinionem eſſe communem, & Oldr. *conſil. 8. num. 26.* quanuis fateatur oppoſitam ſententiam communem eſſe, idem ſentit Din. *in d. l. 1. §. vlt. ff. de Vulgari*, dum abſolutè vult, Pupillarem ſubſtitutionem non conſeruari per *d. Auth. Ex cauſa:* citatur etiam pro hac opinione Barth. *in d. §. vlt. & in d. Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter. & in l. Ex duobus, §. fin. ff. de Vulgari:* at hoc vltimo loco nullam de illa Auth. mentionem facit, & loquitur tantùm ſecundùm jus antiquum, vt poſt Claudium *in l. 1. §. vlt. col. 2.* rectè aduertit Coſta *d. verb. Cenſendum, numer. 10.* 566

Hæc

Hæc verò opinio, omiſsis alijs ejus fundamentis, quę coincidunt cum adductis in primo caſu pro ſecunda ſententia, probatur primò, quia legata filio pręterito relicta, quæ ſecundùm jus antiquum ſunt irrita, vt *per l. Filium, §. Omnibus, ff. de Legat. præſt. & l. Si non ſolus, §. 1. & l. Quidam Titium, ff. Siquis omiſſ. cauſ. teſtam* non conſeruantur per *d. Auth. Ex cauſa*, vt tradunt Iaſ. *in d. Auth. Ex cauſa*, & ibi Corneus *num.* 38. Roman. *d. conſil.* 516. *num.* 10. vbi dicit hanc eſſe communem ſententiam, Bertrand. *conſil.* 201. *col.* 2. *verſ. Sed ſupereſt vnum dub. lib.* 1. *in antiquis*, Gozadin. *conſil.* 49 *in* 8 *dubio*, Mandoſ. *in Addition. ad Roman in d conſil.* 516. *lit. E.* dicens hanc ſententiam eſſe communiorem, & Coſta reſoluens eſſe communem *in dict. verb. Cenſendum, num.* 16. Ergo etiam non conſeruatur ſubſtitutio Pupillaris ipſi præterito facta. Secundò, quia qui injuſtè præterit, aut exhæredat filium, afficit eum injuriâ, & oſtendit ſe illum odiſſe, atquè adeo non cenſetur quod fauore illius, & bono conſilio pro eo accepto Pupillarem ſubſtitutionem illi faciat: ergo non debet intelligi quòd per *d. Auth.* talis ſubſtitutio conſeruetur.

567 Oppoſita nihilominus ſententia eſt communiſsima, & tenenda, quòd ſcilicet Pupillaris ſubſtitutio etiam ipſi filio præterito facta conſeruatur per *d. Auth. Ex cauſa*. Ita ſentiunt Imola *in d. l.* 1. *§. vlt. num.* 4. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 3. *verſ. An eodem modo*, & Claud. *numer.* 4. Aret. *in l.* 2. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Alciat. *num.* 45. & Ripa *num.* 32. vbi teſtatur de communi, Bald. *in l. Humanitatis, col.* 8. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Cuman. *in d. Auth. Ex cauſa*, & ibi Caſtr. Jaſ. *num.* 20. & Ballio de monte Peruſ. *num.* 69. *&* 70. vbi dicit hanc eſſe communem opinionem, à qua neque in judicando, neque conſulendo recedendum eſt, Guid. Pape *deciſ.* 529. Imola *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, de Teſtament.* & ibi Guilliel. Bened. *verb. Si abſque liberis, in materia Pupillaris, num.* 66. Emman. Coſta *in cap. Si pater* 3. *p. verb. Cenſendum, numer.* 10. *&* 14. Barth. *conſil.* 52. *num.* 2. *& conſil.* 44 *numer.* 4. *lib.* 1. Anton. Gom. *tom.* 1. *Var. cap.* 4. *num.* 4. Craſſ. *§. Subſtitutio, q.* 26. *num.* 6. vbi teſtatur de communi, Menchac. *de Succeſſ. progreſ. lib.* 2. *§* 14. *numer.* 137. vbi dicit eſſe communem, Jul. Clar. *§. Teſtamentum, q.* 54. vbi etiam teſtatur de communi Valaſc. *conſult.* 54. *num.* 7. *tom.* 2. qui etiam dicit eſſe communem, & plurimos pro ea refert. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 2. *cap.* 14 *num.* 15. *fine*, & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 158. *num.* 7. Probatur, quia vt conſtat ex dictis in primo caſu, per *d. Auth. Ex cauſa*, confirmantur ſimpliciter, & abſolutè omnia capitula teſtamenti irriti ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis injuſtæ, præter ſolam inſtitutionem; inter quæ capitula comprehenditur Pupillaris ſubſtitutio, vt ibidem probatum eſt: & nulla eſt ratio cur id ſit limitandum in ſubſtitutione Pupillari facta ipſi filio præterito, vel exhæredato, vt conſtabit reſpondendo ad fundamenta contrariæ ſententiæ: ergo non eſt admittenda talis limitatio. Attento autem jure Luſitano *lib.* 4. *Ordin. tit.* 82. *§.* 1. credit Valaſc. *d. conſult.* 54. *§. vlt.* quòd rupto teſtamento ex cauſa præteritionis, vel exhęredationis injuſtæ, perit etiam ſubſtitutio Pupillaris, & Fideicommiſſaria vniuerſalis in eo facta: quia loco cit. Ordinat. abſolutè dicitur tale teſtamentum eſſe nullum, & ſolùm excipiuntur legata in eo contenta: quorum nomine non veniunt ſubſtitutiones vniuerſales; cùm legata ſint relicta particularia. Magis tamen placet, quòd ſentit Coſta *in d. cap. Si pater, verb. Cenſendum, numer.* 17. vbi aſſerit, d. legem Luſit. intelligendam eſſe ſecundùm jus commune, vt ſic etiam in hoc Regno Pupillaris ſubſtitutio in dicto caſu ſuſtineatur.

Ad primum itaque fundamentum pro 567
prima ſententia poſitum, admiſſo antecedente, negatur conſequentia. Eſt enim diuerſa ratio in legatis relictis filio præterito teſtamentum expugnanti, atque in Pupillari ſubſtitutione eidem facta: tum quia illa legata fuerunt relicta tali filio, vt

præ-

Digitized by Google

præterito, ideſt, ſuppoſito quòd hæreditate patris cariturus eſſet: & ideo ſi ille teſtamentum expugnat, & ſic patris hæreditatem ab inteſtato conſequitur, non manent legata ei debita, cùm in tali caſu teſtatoris judicio deſtituatur; Pupillaris autem ſubſtitutio eſt illi facta ſimpliciter, ad hoc vt habeat hæredem, ſi ante pubertatem moriatur; tum etiam, quia ſi peteret legata ſibi relicta, eo ipſo approbaret teſtamentum paternum, quo relicta ſunt, & ſic teſtamentum non rumperet: ergo ſi illud rumpit, non debent legata permanere, vt arguitur *in d. l. Filium, §. Omnibus, ff. de Leg. præſt.* & ſibi imputet quòd facto ſuo ſe legatis priuauit; etiamſi id non potuerit facere abſque authoritate tutoris: at verò Pupillaris ſubſtitutio non pendet à voluntate pupilli, etiam cum tutoris authoritate, ſed tantùm à voluntate teſtatoris, & ideo non eſt cur debeat perire, ex eo quòd pupillus teſtamentũ rumpat. Quæ ratio eſt de mente Barth. *in d. l. Ex duobus, §. fin. ff. de Vulgari,* & communiter ab alijs recipitur. Tum denique quia talis filius expugnando teſtamentum patris, fit indignus, qui aliquod emolumentum ex illo conſequatur *l. Papinianus, §. Meminiſſe, ff. de Inoffic. teſtam. & l. Quæſitum, ff. de Acquir. hæred. cum ſimil.* propter eam verò indignitatem non debuit perire Pupillaris ſubſtitutio illi facta: nam licèt cedat in aliquam ejus vtilitatem, *l. Si pupillus, in princip. ff. de Acquir. hæred.* tamen eũ præcipuum emolumentum ſit ſubſtituti, æquum fuit vt iſtius fauore, & vt voluntas teſtatoris non periret, ſubſtitutio illa per *d. Auth.* conſeruaretur, quemadmodum conſeruatur datio tutelæ, quanuis cedat in vtilitatem ipſius pupilli. Ad quod etiam bene inducit Coſta *ſup. num. 10. in fine, text. in l. Etſi contra tabulas, ff. de Vulgari,* vbi filius impubes, cui pater fecit ſubſtitutionem Pupillarem, petens contra tabulas patris bonorum poſſeſsionem, non admittitur ad legata ipſi in eiſdem tabulis relicta, vt per *d. l. Filium, §. In omnibus, ff. de Leg. præſt.* & nihilominus non amittit vtilitatem Pupillaris ſubſtitutionis ſibi in eodem teſtamento factæ.

Si filius præteritus ſubſtitutus eſſet pupillariter fratri impuberi inſtituto, & ex 569
cauſa præteritionis teſtamentum expugnaſſet, tunc ſicut legata tali præterito relicta ſunt irrita, & non conſeruantur *per d. Auth. Ex cauſa,* vt dictum eſt, ſic etiam non videtur conſeruanda Pupillaris ſubſtitutio, qua ille ſubſtitutus eſt, vt clarè ſentit Iaſ. *in d. Auth. Ex cauſa, numer.* 10. *Cod. de Liber. præter.* Et ratio eſt quia in præſenti caſu legata, & Pupillaris ſubſtitutio pari modo quoad emolumentum ſe habent reſpectu illius præteriti, eademque eſt ratio in vtroque emolumento, vt præteritus qui priuatur vno, priuetur etiam alio, vt porbat text. *in d. l. Filium, §. Non ſolùm, ff. de Legat. præſt.* vbi non ſolùm legata, ſed etiam emolumentum Pupillaris ſubſtitutionis denegatur præterito ſubſtituto, qui per poſſeſsionem contra tabulas caſſat paternum teſtamentum. Nihilominus tamen Emman. Coſta *in cap. Si pater, 3. p. verb. Cenſendum, num. 15. & 17.* contrarium reſoluit, ſcilicet etiam hoc caſu ſuſtineri Pupillarem ſubſtitutionem: addit verò diſtinguendum eſſe inter filium præteritum, qui teſtamentum patris dicit nullum, & filium exhæredatum, qui per querelam inofficioſi paternum teſtamentum expugnat: & hunc, nempe exhæredatum, priuandum eſſe emolumento talis ſubſtitutionis, tanquam illo indignum, eo quòd patris teſtamentum oppugnauerit, argum. *l. 2. & l. Poſt legatum, §. Qui principale, ff. de His quibus vt indign. & l. Is qui contra tabulas, ff. de Vulgari, juncta d. l. Filium, §. Omnibus, & §. Non ſolum, ff. de Leg. præſt.* ſecùs autem præteritum, cùm is non videatur irrogare injuriam patri, dicendo nullum ejus teſtamentum, quod reuerà ipſo jure nullum eſt. Cæterùm hæc Coſtæ reſolutio mihi non placet, cùm nullum pro ſe afferat fũdamentum, præter ſuum ipſius intellectum, vt ipſe exprimit, *d. num. 17.* & ideo ſentio potiùs cum Jaſone, tam legata, quàm Pupillarem ſubſtitutionem non ſuſti-

Digitized by Google

ſuſtineri in præſenti caſu per *d. Auth. Ex cauſa.*

570 Ad ſecundum fundamentum dictæ primæ ſententiæ reſpondetur primò, licèt pater injuſtè præteritus, aut exhæredans filium, injuriam illi faciat, & cenſeatur illum odiſſe, inde non colligi quòd non debeat cenſeri bene illi conſulere, dando ei ſubſtitutum pupillarem, vt probat texr. *in l. Si pater, ff. de Teſtam. tut.* vbi datio tutoris facta filiæ exhæredatæ, quæ datio annullata erat, per judicem confirmatur; ex quo patet, quòd quanuis pater cenſeatur odiſſe filium, quem exhæredauit, tamen præſumitur bonum conſilium pro eo capere: quod etiam planè probatur ex *Auth. Vt cum,de Appellat. cog. §. Siue igitur omnes, verſ. Si verò contigerit,* vbi rupto teſtamento ex cauſa injuſtæ præteritionis, vel exhæredationis, tamen datio tutelæ illi facta per illum textum confirmatur, & ſuſtinetur. Reſpondetur ſecundo Imperatorem *in d. Auth.* non reſpexiſſe ad fauorem liberorum injuſtè præteritorum, vel exhæredatorum,niſi quatenus irritam eſſe voluit inſtitutionem principalis teſtamenti, à quo ipſi liberi eſſent excluſi: in cæteris autem capitulis vt in legatis, fideicommiſſis, &c. quæ conſeruari voluit, reſpexiſſe tantùm ad fauorem voluntatis teſtatorum, ne effectu careret: & ſic quanuis in propoſito caſu Pupillaris ſubſtitutio non intelligatur facta in fauorem pupilli, id non obſtat quominus per *d. Auth.* ſuſtineri debeat, quemadmodum datio tutelæ ſuſtinetur. Quæ reſponſio eſt Coſtæ *in d. verb. Cenſendum, ſub num.* 14. Hæc ſententia retenta tollitur de medio dictum ſeptimum requiſitum; & conſequenter ceſſat omnis alia diſpoſitio circa illud.

Tenendo autem primam ſententiam,

571 quæ ſuam habet probabilitatem, & ſic ſtante dicto requiſito juxta terminos *Id. l.2. in princip. verſ. Sed ſi eos, ff. de Vulgari,* multa circa illud quæruntur, quæ omnino omitti non debent: ſatis tamen erit ea breuiter attingi. Primò igitur quæritur, an rupto teſtamento per contra tabulas,irritetur Pupillaris ſubſtitutio? Reſpondetur negatiuè. Ita communiter DD per text. *in l. Ex duobus, §. fin. ff. de Vulgari,* vbi Barth. Bald. Caſtr. Imol. Angel. Aret. Salic. Cuman. Alex. Jaſ. & cæteri communiter. Gloſ. *in §. Liberis,* & ibi Viglius, & Aretin. *Inſt. de Pupillari,* item Gloſ. *in §. Qua ratione, Inſt. eod. tit.* Trentacinq. *de Subſtit. p.2. cap.* 14. *num.*2. & alij. Ratio eſt, quia bonorum poſſeſsio contra tabulas eſt de jure Prætorio, *§. Emancipato, Inſt.de Exhæredat. liberor.* Prætor autem ſicut non poteſt facere hęredem, ita nec deſinere eſſe hæredem, *§. Quos autem, Inſt. de Bonor. poſſeſſ.* & ſic non poteſt reſcindere penitus vires teſtamenti, atque adeo nec tollere Pupillarem ſubſtitutionem; ad quam ſufficit quod teſtamentum de jure Ciuili ſit validum, licèt de jure Prætorio non valeat, vt probat *l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari, juncta l. Nam nec emancipatus, ff. de Leg.* 1. Quæ ratio non ſolùm probat conſeruari ſubſtitutionem Pupillarem, quando frater impuberis, cui illa facta eſt, fuit præteritus, & cùm eſſet emancipatus rumpit per contra tabulas teſtamentum patris (in quo caſu loquitur textus *in d. l. Ex duobus, §. fin.* vt notauit Leon. *tract. de Subſtit. in materia Pupillaris, num.* 174.) ſed etiam quando ipſe impubes inſtitutus beneficio emancipati præteriti contra tabulas; nam in hoc etiam caſu militat ratio tradita: & ſic quòd tunc etiam Pupillaris ſubſtitutio conſeruetur, probatur *in l. Et ſi contra tabulas, ff. de Vulgari,* vbi Barth. Bald. Alex. Jaſ. & cæteri DD. communiter; idemque tenet Barth. *in d. l. Ex duobus, §. fin.* & Trentacinq. *d.numer.* 2. *ad fin.* Quòd ſi opponas text. *in l. Filium, §. Omnibus, ff. de Legat. præſt.* vbi habetur quòd filio contra tabulante non conſeruatur patris prouiſio. Reſpondet Barth. *in d. §. fin.* Trentacinq. *ſup.* & alij communiter, illum textum procedere in prouiſione commodi pecuniarij, in quo filius poteſt diſponere cum authoritate tutoris, vel curatoris: & ſic petendo poſſeſſionem bonorum contra tabulas, perdere id

id de quo poteſt diſponere, vt legata, & ſimilia; non autem vtilitatem ſubſtitutionis Pupillaris ſibi factæ, cùm impubes nihil circa illam poſsit diſponere, etiam cũ authoritate tutoris.

572 Adhuc tamen circa præfatam reſolutionem ſupereſt dubium, vtrùm ſaltem quando filius emancipatus præteritus rũpit teſtamentum per contra tabulas ante aditam hæreditatem per inſtitutum, rumpatur etiam Pupillaris ſubſtitutio facta impuberi inſtituto? Reſpondent affirmatiuè Barth. *in d.l.Et ſi contra tabulas, in fine, ff. de Vulgari*; & Bald. *tract. de Subſtit. rubr. de Pupillari, num.* 15. cum qua opinione tranſit Salic. *in d. l. Ex duobus, §.fin. ff.eod.* Mouentur quia propter hæreditatem non aditam corruit teſtamentum principale, & ſic Pupillaris etiam ſubſtitutio euertitur *l.* 2.*in princip. verſ. Adeo, ff. de Vulgari.* Quæ opinio maximè procedet, ſi per contra tabulationem teſtamentum corruit de jure Ciuili in caſu propoſito, vt tenet Gloſ. *in l. Illud, in princip. verb. Siue non, ff. de Bonor. poſſeſſ. contra tabul.* vbi etiam Barth. *& in d. l. Et ſi contra tabulas, numer.* 7.

573 Contrarium nihilominus tenent meritò Bald. Angel. Cuman. Alex. & Iaſ. *in d.l.Ex duobus, §.fin.* Faber. & Bellon. *in §. Qua ratione, Inſt.de Pupillari*, Aretin. *in §. Liberis, Inſt. eod. tit.* & Trentacinq.*d. cap.*14. *num.* 3. Ratio eſt quia per poſſeſsionem contra tabulas non deſtruitur exiſtentia Suitatis, ex qua impubes conſtitutus eſt hæres ante aditionem: cùm Suitatis exiſtentia ſit de jure Ciuili, & poſſeſsio illa de jure Pretorio, quod non tollit quæ ſunt juris ciuilis, vt *numer.* 571. ac ſæpe aliàs dictum eſt. Ergo non euertitur etiam Pupillaris ſubſtitutio illi impuberi facta, cùm hæc per exiſtentiam Suitatis confirmetur, etiamſi aditio non ſequatur, vt per *l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari*, & ibi DD. neque eſt verum quod per contra tabulationem ante aditam hæreditatem rumpatur teſtamentum de jure Ciuili: non enim talis caſus reperitur, vt per not. *in l.* 1. *Cod.de Bonor. poſſeſſ.contra tab.* & probatur *in l. Filium, ff. Bonor. poſſeſ.* Vnde propter petitam bonorum poſſeſsionem non impeditur hæres ſcriptus adire, *l. Is qui in poteſtate, verſ. Sed ſi ſcriptus adierit, ff. de Leg. præſt. & l. Virilis, §. Si adierit, ff. eod.* & hæc, teſte Decio *in l. Vt liberis, Cod. de Collat.* eſt communis ſententia. Atque ex his corruit fundamentum Aduerſariorum. Vtrum verò idem dicendum ſit, licèt illi impuberi inſtituto datus fuerit cohæres extraneus, cujus datio per ipſam contratabulationem infirmatur, ſicut teſtamentum principale? Vide apud Trentacinq. *d. num.* 3. *ad fin.* vbi in vtramque partem DD. refert.

Quæritur ſecundò, vtrùm rupto teſtamento per querelam inofficioſi, pereat 574
Pupillaris ſubſtitutio in eo facta? Reſpondetur affirmatiuè, ſi teſtamentum rumpatur in totum: ſecus autem ſi ſolùm pro parte. Ita Barth. *in d.l.* 2. *in princip. num.*19. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa. Idem Barth. *in d. l.Ex duobus, §.fin. ff. eod.* & ibi Bald. Angel. Aret. Alex. & Iaſon. Barth. *in l. Papinianus, §.Sed neque impuberis, ff. de Inoffic. teſtam.* & ibi Bald. & Caſtr. Faber *in §. Qua ratione, Inſt. de Pupillari*, & ibi Bellonus, & Ojerius, Aretin. *in §. Liberis, Inſt. eod. tit.* Bald. *tract. de Subſtit. tit. de Pupillari, num.* 15. Leon. *tract. etiam de Subſtit. in materia Pupillaris, num.* 173. Trentacinq. *de Subſtit. p.*2. *cap.* 14. *num.* 5. & alij per text. *in d.l.Papinianus, §. Sed neque impuberis.* Et ratio eſt, quia remedium rũpendi teſtamentum per querelam eſt de jure Ciuili, & ſic poteſt euertere omnem vim teſtamenti, quanuis de jure Ciuili ſit validum: ſublato autem in totum teſtamento, etiam Pupillaris ſubſtitutio corruit, *d.§. Liberis, Inſt. de Pupillari.* Cur autem per querelam poſsit teſtamentum rumpi, tam pro parte, quàm in totum; cùm per jus dicendi nullum, & per contra tabulas, non poſsit expugnari, niſi in totum? Videas ſi placet apud Trentacinq. *vbi ſupra.*

Quæritur tertiò, vtrùm quod ſupradictum eſt *ex d.l.* 2. *ff. de Vulgari*, poſſe 575
fieri

fieri Pupillarem ſubſtitutionem impuberi exhæredato, habeat hodie locum attento jure nouo *in Auth. Vt cum de Appellat. cognoſcitur, §. Aliud quoque capitulum, cum ſeqq.* vbi aſsignantur cauſæ, ingratitudinis, ex quibus liberi exhæredari poſsint, ſtatuiturque vt teſtamentũ quo parentes aliquem liberorum exhæredant, vim non habeat, niſi aliqua ſaltem ex illis cauſis in eo ſit inſerta, & ſcripti hæredes eam veram eſſe monſtrauerint. Quod non videtur poſſe cadere in impuberem; cùm tam tenera ætas non videatur capax admittendi tam grauem ingratitudinem aduerſus parentes, vt mereatur ab eis exhæredari. Reſpondetur tamen diſtinguendo inter impuberem doli capacem, & incapacem. Et ſi quidem ſit capax doli, vt eſſe poteſt, qui pubertati eſt proximus, dicendum eſt, eum exhæredari poſſe, & conſequenter locum in eo habere poſſe diſpoſitionem *d. l. 2.* admittentis poſſe fieri Pupillarem ſubſtitutionem liberis exhęredatis: nam qui doli eſt capax committere poteſt in parentes vnde exhæredari mereatur. Et ita ſentiunt Barth. *in d. l. 2. in princip. num. 19. ff. de Vulgari,* & ibi Imola *n. 7.* Alex. *num 22.* Ripa *num 29.* Socin. ſen. *num. 13.* & Jaſ. *num. 25* Salic. *in l. Si teſtamento, n. 7. verſ. Circa illud, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Jaſ. *in l. 1. §. Subſtituere, n. 1. & 2.* Guilliel. Bened *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, n. 60 de Teſtam. In ſuis tract. de Subſt. vbi de Pupillari,* Bald. *n. 15* Barth. de Hucio *n. 10* Fumeus *n. 46.* Zaſius *n. 17.* Leon. *n. 170* Mantica, *de Cõject. vlt. volunt. lib. 5. tit. 7. num. 10.* Trentacinq. *de Subſtit p. 2. cap. 14. num. 8. fine,* & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtit. q. 118. num. 63.* Idemque expreſsè habetur in jure Caſtellæ, *l. 2. tit. 7. part. 6.*

576 Si autem impubes doli capax non ſit, contrarium eſt dicendum, vt tenent omnes DD. proximè citati, quibus nonnullos addit Trentacinq. *d. cap. 14. num. 6.* vbi hanc ſententiam contra quoſdam paucos latè probat, & confirmat. Adæquatum verò illius fundamentum eſt, quia qui non eſt capax doli non eſt etiam capax committendi culpam, ex qua pœnam exhæredationis mereatur: vnde cũ hodie nemo exhæredari poſsit niſi ex propria culpa ingratitudinis aduerſus parentem, & inſertâ nominatim in teſtamẽto cauſâ talis ingratitudinis, vt per *d. Auth. Vt cum de Appellat. §. Siue igitur,* bene concluditur impuberem doli non capacem exhæredari non poſſe.

577 Dices cum Aduerſarijs, per *d. §. Siue igitur,* ſolùm probari, quod teſtamentum in quo aliquis filius hodie exhæredatur, non inſertâ cauſâ ingratitudinis, poteſt impugnari per querelam, ac proinde quod, eo non impugnato, valet Pupillaris ſubſtitutio facta infanti, vel poſthumo exhęredato in tali teſtamento, quamuis nulla exhæredationis cauſa in eo ſit expreſſa, ſiquidem teſtamentum, quod per querelam impugnari poteſt, eſt validum mero jure antequam per judicem reſcindatur; vnde valida etiam eſt ſubſtitutio in eo facta. Qui dicendi modus omnino videtur probandus, ad hoc vt antiqua jura admittentia exhæredationem infantium, & poſthumorum minùs corrigantur; ſiquidem conſtat etiam poſthumos olim exhæredari potuiſſe, quando etiam alieno odio liberi exhæredabantur, *l. Siquis in ſuo, §. Legis, C. de Inoffic. teſtam.* Reſpondetur negando aſſumptum, nam ex *d. §. Siue igitur,* clarè probatur tale teſtamentum eſſe ipſo jure irritum, & non annullandum per querelam; quia *in illo §.* indicitur pro forma, vt cauſa ingratitudinis nominatim in ipſo teſtamento inſeratur: deficiente autem formâ eſt actus ſimpliciter irritus, *l. Nemo, ff. de Leg. 1.* Et confirmatur quia præteritio ſine cauſa annullat ipſo jure teſtamentum, *l. 1. ff. de Injuſto rupto, l. Inter cætera, & l. vlt. ff. de Liber. & poſth. Inſt. de Exhæred. liber. in princ.* Exhæredatio autem ſine cauſa inſerta idem eſt atq; præteritio; vnde filius ſic exhæredatus dicitur pręteritus, vt eſt textus *in l. Non putauit, §. Non quæuis, ff. de Bon poſſeſ contr. tab. & in §. Eadem, Inſt. de Hæred. quæ ab inteſt defer* & hæc eſt communis ſententia, quam latiùs probat Trentacinq. *vbi ſupra.*

Aduerte autem prædiĉta intelligi de
578 exhæredatione faĉta mala mente, ideſt,
ad excludendum filium à bonis patris ob
ingratitudinem in eum admiſſam. Eſt
enim alia ſpecies exhæredationis, quæ dicitur
faĉta bonâ mente, ideſt, non vt filius
à bonis patris maneat ſimpliciter exclusus,
neque vt aliquod ejus crimen puniatur,
ſed potiùs vt ei meliùs prouideatur,
vt cùm teſtator meritò timens quòd
inſtituto filio, bona ei reliĉta diſsipabuntur
ob malam adminiſtrationem ejus, in
cujus poteſtatem vel tutelam deueniet,
ad tale ejus damnum vitandum illum nō
inſtitueret, ſed inſtitueret quemdam extraneum
cum onere fideicommiſsi, vt bona
omnia reſtitueret ipſi filio, vbi eſſet
capax ea adminiſtrandi, & interim illi
daret alimenta. Quæ quidem exhæredationis
ſpecies jure Digeſtorum admittitur,
vt *in l. Multi non notæ, ff. de Liber. & poſthum. & in l. Si patronus teſtamento, §. Siquis non mala mente, & in l. Paulus in princip. ff. de Bon. libert. & in l. In fideicommiſsi, §. Cum Pollidius, ff. de Vſuris, & in l. Cum ex filio, in princip. ff. de Vulgari,* neque videtur excluſa, aut
reprobata per jura Codicis, vel Authenticorum,
quibus non permittitur filium
præteriri, vel exhæredari, niſi ex certis
cauſis in ipſo teſtamento inſerendis *d. §. Siue igitur, Authent. Vt cum de Appellat.*
quia hæc jura ſolùm cauent, ne filijs
fiat injuria, & cùm ad eorum fauorem
conſtituta ſint, non debent in diſpendium
eorundem ad hanc exhæredationem ipſis
fauorabilem extendi: maximè cùm legibus
antiquioribus ſit approbata, & correĉtio
legum ſemper vitanda ſit, quantum
fieri poſsit. Atque ita planè ſentit
Barthol. *in d. l. Cum ex filio, in princip. numer.* 2. quem vide; maximè pro hujuſmodi
exhæredatione faĉta filio impuberi
emancipato, circa quem aliquid attigimus
ſupra in tertio requiſito, *num.* 523.
Hanc etiam exhæredationem tuetur, imò
& commendat Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 28. *num.* 8. & 9. Poſito
autem quod antiqua jura hanc exhæredationem
admittentia correĉta non
ſint, dubitandum non eſt, eam poſſe habere
locum in quibuſcumque impuberibus,
etiam doli non capacibus, imo & in poſthumis,
cùm nullam in exhęredando ſupponat
culpam, aut rationis vſum, vt ex
terminis liquet. Vnde *in d. l. Multi non notæ,* abſolutè & indiſtinĉtè ponitur, hujuſmodi
exhæredationem fieri impuberibus:
& hinc ad præſens inſtitutum.

Quæritur quartò, vtrum cùm *in d. l. 2.* 579
ff. de Vulgari, admittitur, Pupillarem
ſubſtitutionem poſſe fieri impuberibus
exhæredatis, id procedat ſolùm de exhæredatis
bona mente, vel etiam de exhæredatis
mala mente? Reſpondetur etiam
de his procedere juxta communem ſententiam,
quam tenent Barth. *in d. l. 2. numer* 22 & ibi Salic. Imola Alex. *n.* 24. Jaſ.
n. 25. & Ripa *n.* 35. Guilliel. Bened. *in c. Raynutius, in materia Pupillaris, n.* 60.
& 64. de Teſtam. Coſta *in c. Si pater, p.* 1.
verb Eidem filio, n. 6. *de Teſtam. in 6. In ſuis traĉt. de Subſtit. in materia Pupillaris,* Bald. *n.* 18 Barth de Hucio *n.* 11. Zaſius
n. 17. & Leon. *n.* 187. Menchac. *de Succeſs. progreſ. lib. 2. §.* 14. *n.* 132. Trentacinq.
de Subſtit. p. 2. cap. 14. n. 9. & cum
alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 118. *n.* 54. Ratio
eſt, tum quia *d. l. 2* loquitur indiſtinĉtè de
impuberibus exhæredatis, & vbi lex non
diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus,
l. Non diſtinguimus, ff. de Arbitr. & l. de Pretio, ff. de Publiciana. Tum maximè,
quia exhæredatio malâ mente eſt vera &
propria exhæredatio, alia verò inſpeĉto
effeĉtu vix nomen exhæredationis meretur,
cùm non ſit faĉta eo animo vt filius
maneat priuatus hæreditate, ſed potiùs vt
ei meliùs prouideatur, vt declaratum eſt:
ergo *d. l. 2.* multò magis debet intelligi de
exhæredatis mala mente, quàm de alijs;
nam jura ſimpliciter loquentia potiùs accipi
debent in ſignificatione magis propria,
quā minùs propria: arg. *l. 1. § Qui in perpetuum, ff. de Ag. veĉtig. & emphyt. pet. & l. 1. § fin. ff. Quod quiſq; jur. & l. pen § docere, ff. Nequis eum qui in jus vocat. cū ſimil.* Accedit etiā quòd hic caſus
videtur expreſſus *in l. Cū quidā, C. de Leg.*
vbi tex. expreſsè loquitur de ſubſtitutione
faĉta

Digitized by Google

facta pupillo malâ quidem mente exhæredato, *& in l. Ab exhæredatis, ff. de Leg.* 1. *& in l. In ratione, §. fin ff. Ad l. Falcid.* Neque obſtat, ſiquis dicat patrem mala mente exheredantem eſſe infenſum, & inimicum filio, & ſic debere rejici ejus judicium, ſicut arbitri, vel judicis inimici, vt per *d l. Non diſtinguemus, §. Cum quidam, ff. de Arbitr. & l.* 1. *Cod. Si quacunque prædit. poteſt.* Reſpondetur enim id non obſtare, quominus talis pater ſubſtituendo pupillariter illi filio, bonum conſilium pro illo capere intelligatur; cùm hoc ſemper de patre præſumatur, etiam cùm filium incarcerari facit *l. Si filius tuus, Cod de Patr. poteſt.* Et facit text. *in l. Si pater, ff. de Teſtam tutel.* vbi datio tutoris annullata facta filiæ exhæredatæ à teſtatore, per judicem confirmatur.

580 Illud tamen hìc aduerte quanuis pater filio exheredato poſsit dare ſubſtitutum pupillarem, attamen à tali ſubſtituto, nec legatum, nec fideicommiſſum relinquere poſſe, etiam ſi locupletem impuberis hæreditatem ei ſubſtituto dederit; quin etiam licèt ampla legata ipſi exhæredato reliquerit, adhuc illum exheredati ſubſtitutum grauare non poterit legato, vel fideicommiſſo; idque etiam ſi ipſe teſtator miles ſit, vt relatis alijs tradit Emman. Coſta *in d cap. Si pater,* 1. *p. verb. Eidem filio, num* 7. *per l. Qui fundum, §. Qui filios, ff. Ad l Falcid. & in l. Miles ita, §. Si miles, ff de Leg.* 1. *& d. l. Cum quidam, Cod. de Legat.* Imò non deeſt qui putet, non poſſe patrem dare filio exhæredato ſubſtitutum pupillarem in ſecundo gradu, ſed tantùm in primo: vt ſi dicat; *Si filius meus decedat in pupillari ætate, ſit ei hæres Ioannes*; non poſsit vlterius addere; *Et ſi Ioannes ei hæres non erit, ſit ei hæres Paulus*; ſed hanc ſententiam tanquam nullo jure fundatam reprobat merito idem Coſta, *num.* 8. qui deinde circa ipſa legata & fideicommiſſa à dicto ſubſtituto pupillari relicta, nonnulla ſatis ingenioſè animaduertit; quæ videas.

581 Octauum & vltimum requiſitum ad Pupillarem ſubſtitutionem eſt vt hæreditas ex teſtamento patris ſubſtituentis adeatur, vt eſt text. *in d. l.* 2. *in princ. verſ. Adeo autem, ff. de Vulgari*, vbi Barth. *n.* 24. & cæteri ſeribentes, *& in l. Sed ſi plures, §. Si ex aſſe, ff. eod.* & ita docent *in ſuis tract. de Subſtit. in materia Pupillaris*, Bald. *n.* 19. Barth. de Hucio *ſub num.* 22. Zaſius *n.* 17. Leon. *n.* 195. Trentac. 2. *p. cap.* 14. *fine*, & cum alijs Fuſar. *q.* 118. *n.* 77. Ratio eſt, quia ſi hæreditas non adeatur, omnia in teſtamento ſcripta corruunt, *l. Si nemo, ff. de Teſtam. tutel.* Id tamen fallit primò in milite; quia abſque vllo ſuo teſtamento poteſt facere Pupillarem ſubſtitutionem, *l Miles ita, §. fin. ff. de Militari teſtam.* Fallit ſecundo, quando per exiſtentiam Sui heredis tabulæ pupillares confirmantur; hic nanque eſt vnus ex effectibus Suitatis vt per ejus exiſtentiã abſque aditione tabulæ pupillares confirmentur, *l. Si filius, Qui patri, ff. de Vulgari*; *l. Filius qui ſe paterna, ff. de Acquir. hæred. & l. Pater, ff. de Priuil. credit.* Has duas fallentias tradunt omnes DD. proximè cit. Fallit tertiò, quando inſtitutus omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato poſsederit, nam tunc etiam defectus aditionis ex teſtamento non obſtat quominus Pupillaris ſubſtitutio conſeruetur, ſicut & cætera in eo teſtamento diſpoſita. Quæ limitatio expreſsè habetur *in d. l.* 2. *in fin. princ. ff. de Vulgari*, & conſtat etiam per *l.* 1. *ff. Siquis omiſſâ cauſâ teſtam.* Fallit quartò, quando cauſa pia eſſet pupillariter ſubſtituta vt ex Anchar. *in c. Si pater de Teſtam. in* 6. & Gallo *de Succeſſ. except. tit.* 4. *except.* 19. *num.* 128. tradit Fuſar. *d q.* 118. *fine.*

Illud etiam notandum, non oportere quòd hæreditas adeatur ex inſtitutione facta in teſtamento in primo gradu, ſed ſatis eſſe quòd adeatur ex ſubſtitutione Vulgari, ſiue expreſſa, ſiue tacita, vt citati DD. notant; & patet ratione, quia Vulgaris ſubſtitutio, etiam tacita, ſufficit ad dãdum vires teſtamento, illudque ſuſtinendum, vt latè declarauimus *ſect. præced. §.* 20. *&* 21. & ſic etiam ſufficit aditio ex tali ſubſtitutione vt teſtamentum, & conſequenter Pupillaris ſubſtitutio in eo con- 582

tenta, confirmetur. Denique vt per dationem ab ipſo ſubſtituto factam tabulæ pupillares confirmentur ad commodum ipſius ſubſtituti; opus eſt vt adeat ſpontaneè, & non coactus ab aliquo fideicommiſſario vt probat, & latiùs declarat relatis alijs Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. num.* 87.

§. 8. *Vtrùm quando Pupillaris ſubſtitutio valere non poteſt jure directo ob defectum alicujus ex prædictis requiſitis, valeat ſaltem in vim fideicommiſsi, ſeu vt Fideicommiſſaria?*

SUMMRAIUM.

Vtrum Pupillaris facta in teſtamento verbis directis impuberi non exiſtenti in poteſtate teſtatoris, cùm non poſsit valere jure directo, valeat ſaltem in vim fideicommiſsi? Prima ſententia negat; num. 583. *& ſeq. Secunda, & verior affirmat; num.* 585. *& ſeqq. Soluuntur fundamenta primæ ſententiæ; num.* 589. *& ſeqq.*

Subſtitutio, quæ à principio potuit valere jure directo, an poſtea caſu aliquo trahi poſsit ad fideicommiſſum? num. 591. *fine.*

An ſubſtitutio facta puberi verbis directis ſub expreſſa conditione, Si in pupillari ætate deceſſerit, *valeat jure fideicommiſsi? Diſtingue tres caſus. Nam vel teſtator exiſtimabat inſtitutum eſſe impuberem; & in hoc caſu reſpondetur negatiuè; num.* 593. *Vel ſciebat illum eſſe puberem, at minorem* 25. *annis: & in hoc caſu probabile eſt ſubſtitutionem valere in vim fideicommiſsi; num.* 594. *Vel denique teſtator ſciebat illum eſſe maiorem* 25. *annis: & in hoc caſu tenendum videtur, ſubſtitutionem valere tanquam ſimpliciter factam; num.* 595. *& ſeq. Contraria ſententia proponitur, & excluditur; num.* 597. *An retentâ primâ ſententiâ, valeat illa ſubſtitutio vt Vulgaris, vel potiùs vt Fideicommiſſaria? num.* 598. *& ſeq.*

Quoties Pupillaris ſubſtitutio non valet jure directo, ſed tantùm in vim fideicommiſsi, eoquod fuerit facta inſtituto non exiſtenti in poteſtate teſtatoris, vel maiori 14. *annis, non debet intelligi, quòd hæres talis inſtituti grauetur reſtituere ejus hæreditatem, ſed quòd ipſe inſtitutus grauatur reſtituere per mortem bona teſtatoris ſubſtituto ei dato. Et vtrùm talis inſtitutus poſſit detrahere Trebellianicam? numer.* 600.

HÆc quæſtio procedit, quando in tali ſubſtitutione concurrunt quæ aliàs ad fideicommiſſum requiruntur: & excitari in primis ſolet in caſu, quo dicta ſubſtitutio facta eſt in teſtamento verbis directis impuberi non exiſtenti in poteſtate teſtatoris, vt quia facta eſt à matre, vel filio emancipato. At in tali caſu prima ſententia negat, eam ſubſtitutionem valere in vim fideicommiſsi. Ita ſentiunt Gloſ. *in §. Extraneo, Inſtit. de Pupillari ſubſtit.* Imola *in cap. Raynutius, in materia Compendioſæ, de Teſtam. & in l. Centurio, ff. de Vulgari.* Joan. Andr. *in cap. Si pater, de Teſtament. in* 6. Cuman. *in l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari,* Matthæſ. *notab.* 148. prout hos omnes refert Trentacinq. *tract. de Subſtit. p. 2. cap.* 10. *num.* 7. idem relatis pluribus tradit Fuſar. *de Subſt. q.* 8. *n.* 6. *&* 8. 583

584 Probatur hæc ſententia primò *ex d. l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari,* quatenus ibi dicitur, quòd ſubſtitutio per verba ciuilia fit fruſtra poſt 14. annum ætatis filij inſtituti, ideſt, quòd erit fruſtranea ſubſtitutio, qua teſtator poſt inſtitutum filium, diceret, *Et poſtquam filius meus fuerit pubes, inſtituo Titium,* ſeu, *Titius mihi ſit hæres.* Vnde ſic arguitur. In caſu hujus legis illa verba ciuilia; *Inſtituo Titium,* vel, *Titius mihi ſit hæres*, non obliquantur, nec inducunt fideicommiſſum, ſed eo ipſo quòd talis ſubſtitutio jure directo valere non poteſt, dicitur & eſt ſimpliciter fruſtra-

tranea & inutilis: ergo etiam in noſtro caſu, cùm ſubſtitutio Pupillaris facta verbis directis impuberi non exiſtenti in poteſtate valere non poſsit iure directo, erit ſimiliter fruſtranea, itaut neque in vim fideicommiſsi conſeruari debeat, cùm eadem vtrobique ſit ratio. Probatur ſecundo ex text. *in l. Si ſeruus legatus, §. Si ſeruus alienus, ff. de Leg.* 1. vbi ſi teſtator reliquit directò libertatem ſeruo alieno, non valet tale relictum, neque iure directo, neque fideicommiſsi: ergo ſi diſpoſitio, quæ non poteſt valere iure directo, etiam fauore libertatis non ſuſtinetur in vim fideicommiſsi, à fortiori in noſtro caſu non ſuſtinebitur fauore ſubſtitutionis. Probatur tertiò, quia dicta ſubſtitutio licèt non valeat vt Pupillaris, tamen inducit tacitam Vulgarem validam, vt ex communi ſententia diximus *ſect. præcedenti*, §. 2. *num.* 48. & ſic non manet penitus fruſtrata voluntas teſtatoris: ergo propter talem voluntatem aliqua ratione ſuſtinendam, non oportet eam vlteriùs extendere, vt etiam inducat ſubſtitutionem Fideicommiſſariam.

585 Secunda ſententia, cui adhæreo, affirmat illam ſubſtitutionem obliquari, & valere in vim fideicommiſsi. Hanc tenet Gloſ. *in d. l. Verbis ciuilibus*, quam ibidem ſequuntur Barth. *num.* 6. dicens eam Gloſ. ab omnibus recipi, Dinus Bald. Angel. Caſtr. Alex & Iaſ. *num.* 21. ſequuntur etiam Guil. de Cun. Cyn. & Salic. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Bald. *in l. Extraneum, Cod. de Hæred. inſtit.* Angel. *in l. Centurio, ff. de Vulgari, & in l. fin. Cod. de Hæred. inſtit.* Butrigar. *in l. Ex tribus, Cod. de Inoffic. teſtam.* & ibi Bald. Anton. Gom. *tom.* 1. *cap.* 4. *num.* 6. Valaſc. *conſult.* 54. *num.* 6. & *conſult.* 251. *ſub num.* 7. quibus locis teſtatur de magis communi, Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 7. *tit.* 3. vbi dicit hanc eſſe communem ſententiam Doctorum, Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 4. & plures alij apud citatos. Ab hac etiam ſententia in iudicando, & conſulendo recedendum non eſſe fatetur Coſta *in cap. Si pater, 3. p. verb. Perſonis, num.* 17. eo quòd ſit communiter recepta, licèt ipſe in ſtricta diſputatione contrariam tueatur. Pro illa ſtant plurimi apud Mantic. *d. tit.* 3. *num.* 5. tenentes abſolutè ſubſtitutionem directam, quæ non potuerit valere iure directo debere ex conjectura voluntatis ſuſtineri iure fideicommiſsi, ne reddatur inutilis.

Suadetur primò, omiſsis alijs, per tex. 586
in l. Scæuola, ff. Ad Trebel. vbi ſi Pupillaris ſubſtitutio verbis directis & ciuilibus ſit facta in codicillis, trahitur ex benigna interpretatione ad fideicommiſſum, vt valeat iure indirecto, ne reddatur prorſus inutilis, contra præſumptam voluntatem teſtatoris; qui ſi eſſet interrogatus reſponderet, ſe velle vt talis ſubſtitutio valeret in vim fideicommiſsi, ſuppoſito quòd iure directo ſtare non poteſt in codicillis facta. Quæ quidem ratio in noſtro etiam caſu militat, vt conſideranti patebit. Nec ſatisfaciunt Aduerſarij dicendo, peculiarem naturam codicillorum eſſe, vt in eis diſpoſita ſolùm valeant iure indirecto, & ſic diſpoſitiones directas in eis factas obliquari, & trahi ad fideicommiſſum: quòd ſecùs accidit in teſtamentis. Ad hoc enim reſpondetur, textum *in d. l. Scæuola*, non fundari in natura codicillorum, ſed in benigna interpretatione voluntatis defuncti, ne actus reddatur inutilis, quæ interpretatio locum ſimiliter habet in diſpoſitis per teſtamentum.

Suadetur ſecundò ex illa regula, *quòd* 587
actus ſi non valet vt agitur, valet vt valere poteſt. Quæ regula iuxta Barth. & cæteros DD. communiter *in l.* 1. §. *Si quis ita, ff. de Verbor. oblig.* admittitur, & procedit quando ſumus in actibus pendentibus à voluntate vnius, atque adeò in vltimis voluntatibus, & non agitur de totali diſpoſitione, ſed de parte, vt in præſenti; vbi agitur de ſubſtitutione facta in teſtamento, & ſic de parte teſtamenti. Vnde non obſtat, ſi quis dicat illam regulã non procedere, quando actus nõ poteſt valere niſi tranſeũdo in diuerſã ſpeciem; quo pacto quando teſtamentũ non poteſt valere vt teſtamentum, non ſit in-

interpretatio quòd valeat vt codicillus, etiamſi aliàs interueniant requiſita ad codicillum, vt tenent omnes, & eſt text. *in l. Non codicillum, Cod. de Teſtam.* Reſpondetur enim id iſſe verum, quando tranſeundum eſſet in diuerſam ſpeciem diſpoſitionis totalis: ſecùs autem, ſi manet eadem totalis diſpoſitio vt in noſtro caſu, vbi licèt ſubſtitutio directa vertatur in fideicommiſſum, tamen teſtamentum, in quo facta eſt, manet idem, & non fit tranſitus ad diuerſam ſpeciem diſpoſitionis totalis.

588 Suadetur tertiò & vltimò ea ratione, quia Pupillaris ſubſtitutio expreſſa habet intellectum tacitæ Vulgaris, & expreſſa Vulgaris tacitæ Pupillaris, ex conjectura voluntatis teſtatoris, nihil obſtante quod verba vnius ſubſtitutionis videntur alteri refragari, *l. Iam hoc iure*, & ibi DD. *ff. de Vulgari*, idque licèt ſubſtitutio expreſſa, ſub qua altera intelligitur, ſit irrita, vt ſæpius notauimus. Ergo multò magis in noſtro caſu ſubſtitutio directa ex voluntate teſtatoris debet trahi ad Fideicommiſſariam, ſiquidem manifeſtè apparet teſtatorem voluiſſe, vt ſubſtitutus ſuccederet in ſuis bonis, & non poteſt reddi ratio, cur is non debeat admitti per fideicommiſſum, ceſſante ſubſtitutione directa, maximè cùm per hanc voluerit teſtator eum plus habere, vnde à fortiori intelligitur voluiſſe, vt haberet quod eſt minus.

589 Ad primam probationem contrariæ ſententiæ, omiſsis alijs reſponſionibus, dicimus quod *in d. l. Verbis ciuilibus*, ſolum excluditur, & dicitur fruſtra fieri ſubſtitutio directa poſt tempus certum, vltra 14. annum ætatis inſtituti puberis, vel impuberis: non autem negatur, nec negari debet, quòd talis ſubſtitutio valeat jure fideicommiſsi ex conjectura voluntatis teſtatoris, vt ibi tenet Gloſ. communiter recepta, & conſtat ſatis ex dictis *diſp. 3. ſect. 10. num. 294.* vbi cum communiori ſententia reſoluimus, quod inſtitutis duobus, vno ad certum diem, & altero poſt illum diem, ſecundus intelligitur vocatus per fideicommiſſum.

Ad ſecundam, omiſsis pluribus reſ- 590
ponſionibus, quas refert Iacob de Nig. *in Repet. l. 1. §. Si quis ita, num. 72. ff. de Verbor. oblig.* reſpondetur cum Iaſ. & multis alijs apud Coſtam *ſupra, num. 11.* quod ideo in ſpecie *d. §. Si ſeruus alienus*, libertas non valuit, neque jure directo, neque jure fideicommiſsi, quia teſtator eam directò dedit ſeruo alieno, quòd facere non poterat, & poſtea ipſum ſeruum alteri legauit; propter quam prouiſionem ceſſauit præſumptio, quòd voluerit eam libertatem valere jure indirecto: ſi autem ſeruum non legaret, tunc vtique libertas directo data, jure fideicommiſsi ſuſtineretur, vt per text. *in l. Generaliter, §. Si ſeruo pignorato, ff. de Fideicommiſ. libert.* Et ſi dicas in hoc ipſo textu haberi, id fuiſſe introductum fauore libertatis contra juris regulas, proindeque non debere trahi in conſequentiam ad ſubſtitutiones, & alias diſpoſitiones non priuilegiatas. Reſpondetur id ipſum quod fauore libertatis introductum eſt, vt verba directa obliquentur, reperiri ex benigna interpretatione admiſſum in ſubſtitutione, vt conſtat per *d. l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* vnde non dicimus, nec oportet quòd ad illam trahatur in conſequentiam.

Ad tertiam reſpondetur, ex eo quòd 591
Pupillaris expreſſa, quantumuis inutilis, inducit tacitam Vulgarem validam, potiùs confirmari noſtram ſententiam, quàm oppoſitam, vt vidimus, *num. 588.* neque eſt verum, quòd non manebit fruſtrata voluntas teſtatoris, ſi dicta Pupillaris inutiliter facta non valeat, vt fideicommiſſum: nam ſi ita non valeat, nullum omnino habebit effectum, eueniente caſu ipſius Pupillaris, pro quo teſtator expreſsè voluit prouidere ſubſtituto, vt eſt manifeſtum. Vtrum verò, quando ipſa expreſſa Pupillaris, vel alia directa ſubſtitutio à principio potuit valere jure directo, poſſit poſtea aliquo caſu trahi ad fideicommiſſum? Communis quidem ſententia Legiſtarum negat, vt videre eſt apud Mâticam *d. tit. 3. num. 4.* ille tamen *num. 8.* magis probat contrariam, ſed nullum pro ea Doctorem allegat: vnde mihi non parum

rum

Digitized by Google

rum ſuſpecta eſt.
592 Ex dictis colliges idem dicendum eſ-
ſe, quando ſubſtitutio Pupillaris eſſet in-
ualida, eoquod fuerit facta extraneo. Nam
in hoc etiam caſu militant fundamenta
prædictæ communis ſententiæ: & ita præ-
ter DD. pro illa citatos, tenent multi alij
apud Fuſar. *d q* 8 *num* 9. ex quibus hanc
opinionem magis communem affirmat
cum alijs Trentacinq. *d cap.* 10. *num.* 8.
593 Quæſtio præterea eſt, quando directa
Pupillaris fuit facta puberi, ſeu maiori,
14 annorum, an tunc, ſi facta ſit in forma
ſpecifica, dicente teſtatore, *Si hæres me-*
us in pupillari ætate decedat, &c. valeat
iure fideicommiſſi, cùm directò valere
non poſſit? In qua quæſtione tres caſus
diſtingui ſolent. Primus eſt, quando teſ-
tator exiſtimabat inſtitutum eſſe impu-
berem. Et in hoc caſu communis, & ve-
ra reſolutio eſt, illam ſubſtitutionem non
valere, etiam iure fideicommiſſi, quia cō-
ditio, *Si in pupillari ætate*, &c. eſt im-
poſsibilis reſpectu perſonæ puberis: &
quando diſpoſitio fit ſub conditione im-
poſsibili exiſtimata poſsibili, talis condi-
tio non rejicitur, ſed vitiat & reddit inu-
tilem diſpoſitionem, *l. Seruo manumiſſo,*
ff. de Condict. indeb. & diximus *ſupra,*
diſp. 3. *ſect.* 8. *§.* 2. *num.* 171. Atque ita
in ſpecie cum Angel. Imol. Aretin. Alex.
& alijs docet Emman. Coſta *in cap. Si pa-*
ter, 3. *p. verb. Perſonis, num.* 17. *de Teſ-*
tament. in 6. idemque tenet Trentacinq.
de Subſtitution. p. 2. *cap.* 10. *num.* 9. *in me-*
dio.
594 Secundus caſus eſt, quando teſtator
ſciebat eſſe puberem, at minorem 25. an-
nis, & in hoc caſu tenet Coſta *ſupra, nu-*
mer. 18. accipiendam eſſe illam ſubſtituti-
onem, ac ſi teſtator dixiſſet, *Si hæres me-*
us ante 25. annum ætatis deceſſerit, Sem-
pronius illi hæres eſto: quòd vſque ad
pleniſsimam pubertatem, quæ illo tem-
pore compleri cenſetur, pupillaris ætas
vtcumque ex voluntate porrigatur, ar-
gum. *l. Cum filio, verſ. Ego quidem, ff.*
Leg. 3. Vnde non cenſebitur impoſsibi-
lis illa conditio, *Si in pupillari ætate de-*
ceſſerit, & ſic neque vitiabitur, neque vi-
tiabit diſpoſitionē, quæ proinde cùm va-
lere nō poſſet iure directo, valebit in vim
fideicommiſsi, iuxta ſuperius dicta. Hæc
reſolutio mihi videtur ſatis probabilis,
quamuis illam rejiciat Trentacinq. *d. cap.*
10. *num.* 10. *fine*, ea ratione, quod licet
impubes aliquando dicatur vſque ad 25.
annum, vt *in d. l. Cum filio*, nullibi tamen
cautum reperiatur, quòd pupillaris ætas
vſque ad illud tempus extendi poſsit, vt
videtur probari *in l. Pupillus, ff. de Ver-*
bor. ſignif.
Tertius caſus eſt, quando teſtator ſci- 595
uiſſet inſtitutum eſſe maiorem 25. annis,
& nihilominus ei dicto modo ſubſtitue-
ret, apponendo illam conditionem, *Si*
hæres meus deceſſerit in pupillari ætate,
&c. Et in hoc caſu dicendum videtur, il-
lam ſubſtitutionem conſeruari, & valere
tanquam ſimpliciter factam, rejecta con-
ditione, *Si hæres deceſſerit in pupillari*
ætate, cùm talis conditio reſpectu hære-
dis puberis ſit impoſsibilis, & ſic rejicien-
da, ex communi regula, quòd conditio
impoſsibilis in vltimis voluntatibus, ha-
betur pro non adjecta, & non vitiat diſ-
poſitionem, *l.* 1. *ff. de Condition. inſtit.*
l. Obtinuit, ff. de Condit. & demonſtr.
cum ſimil. & ita ſentiunt Imola *in cap.*
Raynutius, num. 84. *ff. de Teſtament. &*
in d. l. Verbis ciuilibus, num. 4. *ff. de Vul-*
gari, & ibi Iaſ. *num.* 22. & Alex. *col. fin.*
Neque obſtat, ſiquis dicat, conditio- 596
nem impoſsibilem ob lapſum temporis
(qualis eſt in præſenti) non rejici, ſed vi-
tiare diſpoſitionem, vt probauimus, *diſp.*
3. *ſect.* 8. *§.* 2. *num.* 176. quia, vt ibidem
aduertimus, id non procedit, quando ta-
lis conditio concepta eſt de futuro, vt in
iſto caſu, tunc enim rejicitur, vt per *l.*
Multa, §. 1. *ff. de Condit. & demonſtr.*
Barth. & alios apud Couar. ibid. citatum.
Neque etiam facceſsit negotium, quod
opponit Alex. *in d. l. Verb. ciuilibus, col.*
pen. vbi conſiderat, dictam conditionem,
Si in pupillari ætate deceſſerit, intrinſe-
cè, ac neceſſariò ineſſe Pupillari ſubſtitu-
tioni, quam teſtator in præſenti concepit:
& ſic non poſſe ab illa ſeparari, proinde-
que ſi talis conditio eſt vitioſa, etiam ip-

ſam ſubſtitutionem vitiari, & inutilem eſſe. Ad hoc enim facilè reſpondet idem Alex. illam conditionem ineſſe intrinceeſè ſubſtitutioni factæ impuberi: non ita verò factæ puberi, qualis eſt de qua hìc agimus, & ſic benè ſtare quòd conditio ab illa ſeparetur, & habeatur pro non adjecta.

597 Contrarium tamen ſentit Trentacinq. *d.cap.*10. *num.*9. *ad fin. & num.* 10. vbi tenet quòd in caſu propoſito conditio non rejicitur, ſed vitiat diſpoſitionem. Quam ſententiam probat primò, aſſumendo ex quadam doctrina Angeli, quã refert, quòd tunc conditio impoſsibilis rejicitur, & non vitiat diſpoſitionem, quando eâ rejectâ manet diſpoſitio in ſua ſpecie. Secùs autem quando in ſua ſpecie non remanet: vnde cùm in præſenti, amota conditione, non eſſet Pupillaris ſubſtitutio remanſura in ſua ſpecie, ſed tranſitura in aliam diuerſam, concluditur non rejici illam conditionem, ſed vitiari diſpoſitionem. Probat ſecundò, quia dicta conditio eſt tantùm impoſsibilis facto, reſpectu perſonæ inſtituti, non autem jure, neque per naturam: conditio autem ſolo facto impoſsibilis non rejicitur, ſed vitiat diſpoſitionem, *l. Cum hæres*, *§.* 1. *ff. de Statuliber.* Non placet tamen hæc ſententia: nam quòd primò pro illa adducitur, liberè videtur aſſumi, contra receptas juris regulas. Et quòd adducitur ſecundò, nempe conditionem, *Si deceſſerit in pupillari ætate*, eſſe tantùm impoſsibilem facto reſpectu puberis inſtituti, eſt planè falſum; quia non eſt conditio de re aliqua facienda, vel præſtanda, ſed de re, quæ eſſe non poteſt ob lapſum temporis: de qua conditione jam diximus, quòd quando concipitur de futuro, rejicitur & habetur pro non adjecta per *l. Multa*, *§.* 1. *ff. de Condit. & demonſtr.*

598 Retinenda ergo eſt prima ſententia, dicendumque dictam ſubſtitutionem in caſu propoſito conſeruari, amota conditione impoſsibili ei adjecta. Adhuc tamen eſt dubium, an talis ſubſtitutio conſeruetur, & valeat vt Fideicommiſſaria, vel potiùs vt Vulgaris? Hoc ſecundum videtur ſentire Alex. *vbi ſupra*, prout illum intellexit Coſta *d. verb. Perſonis*, *num.* 19. Et ratio hujus ſententiæ eſt; quia, ſemota illa conditione, *Si hæres meus deceſſerit in pupillari ætate*, manet dicta ſubſtitutio perinde aeſi teſtator ſimpliciter diceret; *Inſtituo talem hæredem*, *& ſubſtituo illi Titium:* ſubſtitutio autem ita facta eſt Vulgaris expreſſa ex omnium ſententia.

Dicendum nihilominus eſt, illam ſubſtitutionem valere vt Fideicommiſſariam, factam ſub conditione mortis inſtituti, vt reſoluit Coſta *d. num.*19. *verſ. Mihi autem.* Quòd valeat vt Fideicommiſſaria, mihi probat ea ratio; quia ſubſtitutio Pupillaris fit tacitè, aut expreſsè, ſub duplici conditione; altera, *Si inſtitutus erit hæres*; altera, *Si deceſſerit in ætate pupillari:* ex quibus ſola hæc ſecunda conditio eſt impoſsibilis in præſenti caſu, & conſequenter ea tantùm rejicitur, manetque ſubſtitutio, ac ſi teſtator ſolùm diceret; *Si pubes à me inſtitutus erit hæres, ſubſtituo illi Titium:* in qua ſpecie ſubſtitutio non eſt Vulgaris, cùm hæc requirat contrariam conditionem, ſed eſt Fideicommiſſaria, vt eſt notiſsimum. Quòd autem valeat vt facta ſub cõditione mortis, probat bene Coſta *ſupra, num.*20. quia dicta conditio, *Si pubes inſtitutus deceſſerit in pupillari ætate*, inuoluit duo; alterum, quòd ille pubes moriatur: alterũ quòd moriatur in pupillari ætate, & ſolùm hoc ſecundum eſt impoſsibile; ac proinde talis conditio non debet rejici quoad primum, ſed tantùm quoad ſecundum, argum. text. *in l. Si mihi & tibi*, *§. Siquis ſeruus, ff. de Leg.*1. *& in l. Celſus*, *§.* 1. *verſ. Sed ipſe rectè*, *ff. de Recept. arbitr. & in l. Si tibi homo*, *§. Si ita & in l. Hujuſmodi*, *§. Si ita cui legatum*, *ff. de Leg.*1. *cum ſimil.* Ex quibus habetur, quòd in vltimis voluntatibus conditio impoſsibilis tantùm partialiter non rejicitur quoad partem poſsibilem, ſed ſolùm quoad impoſsibilem: non rejectâ autem dicta conditione, niſi tantùm quoad impoſsibile, manet profectò ſubſtitutio, perinde acſi teſtator ſimpliciter di-

Digitized by Google

dicere, quòd decedente hærede inſtituto, ſubſtituit illi Titium; ſub qua forma eſt conditionalis, & pendens ſimpliciter à morte inſtituti. Et ſic habemus, dictam ſubſtitutionem in caſu propoſito valere vt Fideicommiſſariam factam ſimpliciter ſub conditione contingenti mortis inſtituti: vtrùm autem ex illa etiam inducatur tacita Vulgaris valida? Videtur ſanè affirmandum, juxta communem ſententiam, quæ tenet ſub Pupillari expreſſa etiam inutili contineri tacitam Vulgarem validam, vt vidimus *ſect. præced. §. 2. numer.* 48. alijſque in locis.

600 Illud tandem circa omnia prædicta aduertendum, quoties Pupillaris ſubſtitutio non valet jure directo, ſed tantùm in vim fideicommiſſi, eoquòd fuerit facta inſtituto non exiſtenti in poteſtate teſtatoris, vel maiori 14. annis, non eſſe intelligendum, quòd hæres talis inſtituti grauetur reſtituere ſubſtituto hæreditatem ipſius inſtituti, vt fit quando Pupillaris directa eâ tantùm de cauſa eſt inualida, quòd facta ſit in codicillis juxta *l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* ſed ſolùm quòd grauatus ſit ipſe inſtitutus, vt per mortem reſtituat ſubſtituto hæreditatem teſtatoris, ſeu bona quæ ex tali hæreditate ad ſe peruenere. Et ratio eſt, quia quando inſtitutus non eſt in poteſtate teſtatoris, vel eſt pubes ſeu maior 14. annorum, non habet teſtator facultatem teſtandi de ejus bonis, & ſic non poteſt eum grauare, neque ejus hæredem, vt talia bona alteri reſtituat, ſed ſolùm vt reſtituat bona, quæ ad eum peruenerunt ex ipſo teſtatore, idque ſaluâ legitimâ ipſi inſtituto debitâ, ſi is erat filius teſtatoris; cùm legitima abſque vllo onere relinqui debeat, *l. Quoniam in prioribus, & l. Scimus, §. Cum autem, Cod. de Inoffic. teſtam.* & notat in ſpecie Valaſc. *conſult.* 151. *num.* 8. Vtrùm verò dictus inſtitutus reſtituendo hæreditatem poſſit detrahere Trebellianicam, juxta Vulgaris juris regulas? Videtur ſanè negandum; quia teſtator faciendo ſubſtitutionem Pupillarem, quamuis inutilem, voluit vt ſubſtitutus integrè ſuccederet tam in bonis inſtituti, quàm ipſius teſtatoris: & hæc voluntas licèt quoad bona inſtituti ſit inefficax ob defectum poteſtatis, attamen quoad bona ipſius teſtatoris inefficax non eſt; cùm teſtator potuerit grauare inſtitutum, vt talia bona reſtitueret, non detractâ Trebellianicâ. De hoc tamen cogita, & vide ſi placet in hâc rem Manticam *lib. 7. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 12. præſertim. num. 30.*

§. 9. *A quo poſsit, vel non poſsit fieri Pupillaris ſubſtitutio?*

SUMMARIUM.

Neque extraneus, neque mater, neque vllus alius, qui ſaltem mortis tempore non habuerit in poteſtate tanquam pater eum, cui ſubſtituendum eſt, poteſt pupillariter ſubſtituere, num. 601.

Qui teſtari nequit, Pupillarem ſubſtitutionem facere non poteſt, ibid.

Vtrùm pater perſona turpis poſsit liberis ſuis pupillariter ſubſtituere? Prima ſententia negat, num. 602. *Secunda, quæ verior & communis eſt, affirmat, num.* 603. *& ſeq.*

Perſona turpis, eoquod talis ſit, non eſt prohibita per leges, quominus poſsit pupillariter ſubſtitui, num. 604.

Si pater ita ſit turpis, vt ei interdicta ſit ſuorum bonorum adminiſtratio, is pupillariter ſubſtituere non poteſt, numer. 605.

Si pater per deportationem, vel aliter culpâ ſuâ amiſit patriam poteſtatem, etiamſi per reſtitutionem eam recuperet, nihilominus pupillariter ſubſtituere nequit, num. 606.

QVæ ad hanc quæſtionem ſpectant ferè omnia ex ſuperioribus conſtant. 601 Cum enim ſupra §. 5. *in primo, & tertio requiſito* dictum ſit ad Pupillarem ſubſtitutionem requiri, vt is, cui fit, ſit de liberis teſtatoris, ſiue naturalibus, ſiue legalibus, & quòd ſit ſub poteſtate

tate

Digitized by Google

tate teſtatoris, ſaltem tempore mortis ipſius teſtatoris; hinc planè conſtat, neque extraneum, neque matrem, neque vllum alium, qui ſaltem mortis tempore non habuerit in poteſtate eum, cui ſubſtitutio eſt facienda, ſaltem vt filium adoptiuum, pupillariter ſubſtituere poſſe: & hæc eſt recepta omnium ſententia per jura locis citatis allegata. Præterea cùm §. 7 *in ſexto requiſito* ſit traditum, quòd vt quis poſsit ſubſtituere pupillariter, requiritur vt faciat teſtamentum, & ſibi hæredem inſtituat, planè hinc conſtat à nemine, qui aliquâ de cauſa ſit inteſtabilis, fieri poſſe Pupillarem ſubſtitutionem, quod certiſsimum eſt.

602 Solùm igitur reſtat videndum in præſenti, vtrùm perſona turpis liberis ſuis pupillariter ſubſtituere poſsit, cæteris requiſitis concurrentibus? Pars negatiua ſuadetur, quia de perſona turpi præſumitur, quòd non bene conſulat filio, & ſic debet cenſeri prohibita pupillariter illi ſubſtituere, argum. text. *in l. Si cum dotem, §. Eo, ff. Sol. matr.* vbi patri, qui eſt perſona turpis, negatur actio de dote ad filiam ſpectante, quia præſumitur quòd eam dilapidabit, ſi ad ejus manus peruenerit, & *in l. Sed ſi vnus, §. Filiofamilias, verſ. Interdum, ff. de Injurijs,* vbi ſi pater eſt perſona turpis, non poteſt remittere injuriam filio factam; *& in l. fin. Cod. de Sent. paſſ.* vbi ob eandem præſumptionem patri perſonæ turpi interdicitur adminiſtratio bonorum filij videntis, Et ita hanc partem tuetur Barth. *in l. 2. in princip. num. 23. & in l. Ex facto, ff. de Vulgari, & in l. Cum oportet, §. Non autem, Cod. de Bon. quæ liber.* Aretin. *in d. l. 2.* Bald. *tract. de Subſtitut. rubr. de Pupillari, num. 18. fine,* Barth de Hucio *de Subſtit. tit. de Pupillari, num. 11. fin.* Zaſi *de Subſtitut. cap. 2. num. 11.* & alij apud Fuſar. *de Subſtit. q. 118. num. 60.*

603 Nihilominus pro affirmatiua parte ſtat meritò communis ſententia, quam tenent Angel. *in d. l. 2. ff. de Vulgari,* & ibi Jaſ. *num. 26.* Ripa, *num. 35.* Imola, Alex. & alij communiter, Bald. *in l. Humanitatis, ſub num. 32. in 7. differ. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Imol. *in cap. Raynutius, de Teſtam.* Caſtr. *in l. Cum quidam, Cod. de Legat.* Polit. *de Subſtit. rubr. de Pupillari, num. 46.* Leon. *de Subſtit. in materia Pupillaris, num. 190.* Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib. 2. §. 14. numer. 134.* vbi plures refert, & dicit eſſe communem opinionem, *& §. 17. num. 90.* Trentac. *de Subſtit p. 2. cap. 14. num. 10.* & cum alijs Fuſar *d. q. 118. num. 59 & 61.* Fundamentum eſt, quia ex generali juris regula permittitur patribus ſubſtituere liberis ſuis pupillariter; & nullum eſt jus quod patrem perſonam turpem ab hac regula excipiat, etiam per argumentum à paritate rationis; nam jura, quæ in contrarium adducuntur, procedunt de actibus inter viuos, in quibus eſt vehemens præſumptio & periculum, quòd pater perſona turpis præjudicium inferat filio, vel dilapidando ejus bona, vel contemnendo, aut etiam vendendo ejus honorem, vtpote qui ſuum etiam paruipendit. In Pupillari autem ſubſtitutione tale periculum non eſt, cùm non ſit effectum habitura, niſi poſt mortem patris, neque propter illam vlla pupilli bona ad patris manus deuentura, & alioqui ipſa ſubſtitutio eſt fauorabilis pupillo, cui patris turpitudo obeſſe non debet.

Dices, periculum ſaltem eſſe, quòd talis pater ſubſtituet perſonam turpem, & ipſi pupillo perniciosam. 604 Reſpondetur primò non præſumi, quòd pater, eoquòd ſit perſona turpis, ſubſtituet filio perſonam illi perniciosam; cùm id ſit contra naturalem patrum in filios propenſionem & affectum, de quo proinde leges multû confidunt, neque vllus eſt affectus qui paternum vincat, *l. fin. in princip. Cod. de Cura fur. l. Iſti quidem, ff. Quod metûs cauſ. l. De creationibus, Cod. de Epiſcopali audien. & ſimil.* Vnde hac in parte nullum periculum conſiderari debet. Quòd ſi timeri nihilominus poſsit, quòd talis pater, vt in ſe eſt vilis, ita etiam vilem ac turpem perſonam ſubſtituet: tale periculum, ſecluſo alio pupilli damno, non obſtat; quia perſona turpis, eoquod turpis ſit, non eſt incapax, neque prohibita

bita per leges, vt non poſsit pupillariter ſubſtitui, vt conſtat per text. *in l. Papinianus, §. Sed neque impuberis, iuncta Gloſ. ibi, ff. de Inoffic. teſtam.* vbi habetur, quod licèt ſit ſubſtituta perſona turpis, matrem pupilli excludit. Ex quo ſatis validum fit argumentum pro communi ſententia: nam ſi quando conſtat datū eſſe turpem ſubſtitutum, non annullatur ſubſtitutio; à fortiori non annullabitur, neque cenſebitur irrita, & quod facta ſit à perſona, de qua præſumebatur, quòd turpem perſonam ſubſtitueret. Reſpondetur ſecūdò ex ſententia Leonij *loc. cit. num.* 194. quantumuis grauis ſit præſumptio & periculum, quod pater turpis perſonam peſsimam filio ſubſtituet, non proinde talem patrem reddi inhabilem ad faciendam Pupillarem ſubſtitutionem, ſed recurrendum eſſe ad iudicis arbitrium, qui conſiderata qualitate ſubſtituti, caſſare poterit ſubſtitutionem, ſi repererit eſſe pernicioſam, aut periculoſam pupillo: ſecùs autem ſi tale periculum ex ea non immineat. Quæ quidem reſponſio ſummâ nititur æquitate.

605 Limitatur autem prædicta communis ſententia primò, vt non procedat in patre, cui ob ſuam turpitudinem interdicta eſt ſuorum bonorum adminiſtratio. Sic limitant Leonius *ſupra, num.* 189. Polit. *d. num.* 46. Trentacinq. *d. cap.* 14. *ſub numer.* 10 *verſ. Primus eſt*, & cum alijs Fuſar. *d. q.* 118. *num.* 61. Ratio patet, quia is, cui eſt interdicta adminiſtratio ſuorum bonorum, non poteſt teſtari, *l. Is cui, ff. de Teſtament.* Qui autem teſtari non poteſt, nequit etiam pupillariter ſubſtituere, cùm ad talem ſubſtitutionem omninò requiratur, vt ſubſtituens ſibi etiam hæredem inſtituat, *l.* 2. *in princip. verſ. Quiſquis, ff. de Vulgari*, & diximus *ſupra, §.* 7. *in princip.*

606 Limitatur ſecundò, vt non procedat quando pater per deportationem, vel aliter culpâ ſuâ amiſit patriam poteſtatem, quam remedio reſtitutionis recuperauit. Tunc enim concludit Trentacinq. *ſup. verſ. Secundus caſus*, quòd talis pater ob ſuam turpitudinem pupillariter ſubſtituere non poteſt, vt probatur, *in l. fin. Cod. de Sent. paſsiſ.*

§. 10. *Aſsignantur principales effectus Pupilaris ſubſtitutionis, & agitur de primo, remiſsiuè.*

SVMMARIVM.

Quatuor ſunt principales effectus Pupillaris ſubſtitutionis, ad quos cæteri reduci poſſunt; & quinam illi ſint? num. 607.

Primus effectus eſt, quòd Pupillaris expreſſa inducit tacitam Vulgarem, quod multipliciter ampliatur, & limitatur, num. 608. *remiſsiuè.*

PVpillaris ſubſtitutionis effectus variè à DD. numerantur; alij enim plures, alij pauciores aſsignant: Barthol. autem, quem plerique ſequuntur, quatuor tantum enumerat *in l.* 2. *in princip. q.* 5. *principali, ff. de Vulgari*: & quidem illi quatuor ſunt principales, ad quos cæteri reduci poſſunt: in eiſque DD. omnes conueniunt. Primus eſt, quod Pupillaris expreſſa continet, ſeu inducit tacitam Vulgarem. Secundus eſt, quòd per illam ſuccedıtur pupillo, ſeu in hæreditate pupilli. Tertius eſt, quod Pupillaris expreſſa excludit à ſucceſsione pupilli matrem ejus, & alios aſcendentes præteritos, quos ille prætetire non poſſet. Quartus denique eſt, vt quem pater hæredem ſuum, ac neceſſarium ſibi fecit, is etiamſi ſubſtituatur pupillariter, efficiatur Suus, ac neceſſarius reſpectu pupilli; vt cùm pater filio impuberi ſubſtituit pupillariter alium filium à ſe inſtitutum, quem ſimul cum impubere habebat in poteſtate. De his ergo effectibus, atque eodem ordine nobis modo agendum eſt. 607

Quòd verò attinet ad primum ſatis dictum eſt *ſect. præced. §.* 2. ibi enim cum communi penè omnium ſententia ſtatuimus, Vulgarem tacitam contineri in Pupillari expreſſa, ſeu ex illa induci, per celebrem text. *in l. Iam hoc iure, ff. de Vulgari*, quem optimè contra Politum contra- 608

trariè ſentientem ponderat Leon. *in ſuo tract. de Subſtit. in materia Pupillaris, à num.* 200. Atque ibidem etiam ampliationes, & limitationes hujus reſolutionis tradidimus. Quamobrem non eſt cur hìc circa hunc effectum ampliùs immoremur. Pergamus igitur ad ſecundum, in quo multa ſe offerunt lentiùs inculcanda.

§. 11. *De ſecundo effectu Pupillaris ſubſtitutionis, qui eſt, quòd per illam ſucceditur pupillo.*

SUMMRAIUM.

Per Pupillarem ſubſtitutionem fit ſubſtitutus hæres pupilli; numer. 609.

Pupillariter ſubſtitutus ſuccedit in omnibus bonis pupilli, ideſt, tam quæ à patre ſubſtituente, quàm quæ aliunde ad pupillum peruenerunt; numer. 610. *Quod procedit primò, quanuis ſubſtitutio fuiſſet tacita; num.* 611. *Secundò quanuis eſſet facta in re certa, vel in quota; num.* 612. *Tertiò, vt etiam conſequatur ſubſtitutus prælegata pupillo relicta; numer.* 613. *Quartò, vt ſubſtitutus reuocare poſſit bona alienata per ipſum pupillum, etiam cum decreto judicis, ſi cum læſione pupilli alienatio facta eſt; num* 614.

Per Pupillarem ſubſtitutionem non prohibetur pupillus alienare bona ſua in præjudicium ſubſtituti; neque tenetur cautionem præſtare ſubſtituto; eod. numer. 614.

Ex Pupillari ſubſtitutione facta filio adoptiuo, ſeu arrogato, non ſuccedit ſubſtitutus, niſi in bonis, quæ ab arrogatore, vel ejus contemplatione ad ipſum arrogatum peruenerunt; num. 615.

Miles poteſt ſubſtituere pupillariter tam in omnibus bonis pupilli, quàm ſolùm in parte; num. 616.

Subſtitutus pupillariter, qui fuerit incapax ſuccedendi teſtatori, capax autem ſuccedendi pupillo, ſolùm ſuccedit in bonis, quæ pupillus habuit aliunde, quàm à teſtatore; num 617.

Si pater filio legitimo ſubſtituat pupillariter ſpurium (vt poteſt) talis ſubſtitutus ſolùm ſuccedet in bonis, quæ pupillus aliunde, quàm à patre habebat; num. 618. *Quod autem etiam in legitima, quàm pupillus à patre habuit ſuccedere poſſit, tuetur* Emman. Coſta; *num.* 619.

Quantum capiet filius naturalis, quem pater ſubſtituit pupillariter legitimo, exiſtentibus alijs legitimis? num. 620.

Filius naturalis ſubſtitutus pupillariter legitimo, alijs legitimis, non exiſtentibus, ſuccedit in omnibus bonis illius, licèt exiſtant aſcendentes patris ſubſtituentis: quæ reſolutio procedit ſimiliter, ſpectato jure Luſitano in filio naturali hominis non plebeij; num. 621.

Si pater non plebeius ſubſtituat pupillariter filium naturalem impuberi legitimo, exiſtentibus alijs filijs legitimis, nihil omnino, ſecūdùm jus Luſitanum, capere poteſt talis ſubſtitutus de bonis, quæ à patre ad illum impuberem peruenerunt. Si autem pater ſit plebeius, ſiue ſimul habeat alios filios legitimos, ſiue non, perinde ſecundùm idem jus Luſitanum ſuccedit pupillo filius naturalis ſubſtitutus, acſi eſſet legitimus; numer. 622.

Pupillariter ſubſtitutus capax ſuccedendi in omnibus bonis pupilli, non poteſt repudiare hæreditatem, quam pupillus habuit à patre, & acceptare reliqua bona pupilli; num. 623.

Vtrùm poſſit talis ſubſtitutus ex perſonâ pupilli petere reſtitutionem aduerſùs aditionem, qua pupillus hæreditati paternæ ſe immiſcuit, & ſic liberare ſe à tali hæreditate, retentis tantùm bonis, quæ pupillus aliunde habuit? Reſpondetur affirmatiuè ex communi ſententia; num. 624. *Contrarium tenent aliqui, quorum fundamenta proponuntur, & ſoluuntur, num.* 625. *& ſeqq.*

Limitatur prædicta communis ſententia, vt procedat quando pupillus deceſſit in Suitate, non autem ſi non extitit hæres Suus, ſed per aditionem hæreditatis

tatis paternæ, num. 629. Reijcitur tamen hæc limitatio, num. 630. & ſeq.

Quando verum ſit, quod is, qui vult conſequens, cenſetur etiam velle, & approbare antecedens, num. 631.

Subſtitutus pupillariter, qui ſimul fuit inſtitutus in aliqua parte hæreditatis paternæ, non poteſt, adita ea parte, repudiare poſtea hæreditatem pupilli, num. 632.

Subſtitutus pupillariter non poteſt acceptare hæreditatem, quam pupillus habuit à patre, & repudiare hæreditatem pupilli quoad reliqua bona aliunde acquiſita. ibidem.

Vtrùm ſubſtitutus pupillariter, & ſimul etiam inſtitutus, & cohæres pupillo datus, poſſit non adire ex inſtitutione, & nihilominus habere hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione. 633.

Per Vulgarem tacitam comprehenſam in expreſſa Pupillari poteſt ſubſtitutus adire hæreditatem paternam, eaque aditio ſufficiet ad cōfirmandam ipſam Pupillarem, atque ex ea ſuccedendum pupillo, num. 634.

609 SEcundus effectus ſubſtitutionis Pupillaris eſt, quod per illam ſucceditur pupillo, ſeu fit ſubſtitutus hæres pupilli. Sic habetur *Inſt. de Pupillari in princ.* & alijs juribus, eſtque indubitatū.

610 Difficultas verò eſt, an pupillariter ſubſtitutus ſuccedat in omnibus bonis pupilli, ideſt, tam in bonis, quæ à patre ſubſtituente, quàm quæ aliundè ad pupillum peruenerunt? Et reſpondetur affirmatiuè per tex. *in l. Sed ſi plures, §. Ad ſubſtitutos, ff. de Vulgari, & §. Nō ſolum, Inſt. de Pupill.* Et ratio eſt, quia alioqui decederet pupillus pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus contra regulam, *l. Ius noſtrū, ff. de Regul. juris.* Atque ita docent omnes, vt apud infra citādos videre licet.

611 Hæc reſolutio ampliatur primò, vt procedat etiam in tacita Pupillari: Barth. *in d. §. Ad ſubſtitutos,* & ibi Alex. Jaſ. & alij Trentac. *p. 2. cap. 15. n. 4.* & Fuſar. *de Subſt. q. 155. n. 2.* tum per rationē *d. §. Ad ſubſtitutos* quæ pariter militat in tacita Pupillaritū etiam, quia taciti & expreſſi par eſt virtus, *l. Cum quid, ff. Si cert. pet.*

612 Ampliatur ſecundo, vt procedat quāvis ſubſtitutio eſſet facta in re certa vel in quota, nam tunc etiam trahitur ad omnia bona pupilli, ne decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, contra *de regul. l. Ius noſtrum, ff. de Reg. jur.* & eſt tex *in l. Cohæredi §. Fin. ff. de Vulgari,* eſtque communis omnium ſententia, quam relatis plurimis tradit Fuſar. *d. q. 155. num. 5.* & nos latiùs documus, ac declarauimus *ſupra §. 3. à num. 486.* adhibendo illius ampliationes, & limitationes, quas hic non oportet repeti: ibi vide.

613 Ampliatur tertiò, vt ſubſtitutus conſequatur etiam prælegata pupillo relicta. Bart. & communiter DD. *in l. Marcellus, §. Quidam liberis, ff. Ad Trebel.* Bald. & alij *in l. Cum virum, Cod. de Fideicōmiſſ.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 145. num 8.* Peregrin. *de Fideicōmiſſ. art. 7. num. 9.* & cum alijs Fuſar. *d. q. 155. num. 12.* per text. *in l. Cum pater, in princip. ff. Ad leg. Falcid.* & patet, ſiquidem omnia pupilli bona ad pupillarem ſubſtitutum ſpectant, vt per *d. l. Sed plures, §. Ad ſubſtitutos.*

614 Ampliatur quartò, vt ſubſtitutus reuocare poſſit bona alienata per ipſum pupillum, etiam cum decreto judicis, ſi cum læſione pupilli, ſeu abſque rationabili cauſa alienatio facta eſt, *l. 1. §. Sed nonnullos, verſ. Aut ſubſtitutum, ff. de Tutel. & ration. diſtrah.* Bald. *in l. Nec ei, in princip. ff. de Adoption.* Roman. *in d. l. Marcellus, §. Quadam, ff. Ad Trebel.* Alex: *in Auth. Reſquæ, Cod. Communia de legat.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num. 85. de Teſtam.* Trentac. *de Subſtit. p. 2. cap. 15. num. 3.* & Fuſar. *de Subſtit. q. 154. n. 3.* Ratio eſt, quia ipſe pupillus beneficio reſtitutionis in integrum poſſet illa bona auocare, vt eſt notiſſimum ex toto ferme tit. *ff. de Minor. & ff. de Reſtit. in integr.* idem autem beneficium ex perſona pupilli cōpetit ejus hæredi, qualis eſt pupillariter ſubſtitutus, etiam ſi talis hæres

Digitized by Google

ſit maior, *l. Minor autem, §. fin. ff. de Minor.* ſecluſo autem caſu talis reſtitutionis, non poteſt ſubſtitutus petere bona à pupillo alienata: quia per Pupillarem ſubſtitutionem non prohibetur pupillus alienare ſua bona in præjudicium ſubſtituti, neque tenetur cautionem illi præſtare, *d. §. Sed ſi nonnullos, l. Si à ſubſtituto, ff. de Leg. 1. l. Qui filium, ff. Vbi pupillus educ. deb.* Barth. *in l. Si arrogator, oppoſ. 5. num. 8. ff. de Adopt.* & communis DD. quam relatis pluribus tradit Fuſar. *ſup.* quanuis nonnulli contrariū ſenſerint.

616 Limitatur ſecundò, vt non procedat neceſſariò in ſubſtitutione facta per militem: is enim, vt poteſt decedere pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus, ita etiam ſubſtituendo pupillariter poteſt efficere, vt pupillus ſimiliter decedat, atque adeo vt ſubſtitutus ſuccedat, vel in omnibus bonis pupilli, vel ſolùm in parte, vt ipſe ſubſtituens voluerit. Conſtat hoc per text. *in d. l. Sed ſi plures, §. Ad ſubſtitutos, ff. de Vulgari:* & ita docent Barth. *in l. 2. num. 30 ff. de Vulgari,* & ibi Alex. Jaſ. & Ripa *num. 43. & in ſuis tract. de Subſtit. in materia Pupillaris,* Bald. *n. 24.* Barth. de Huc *n. 15.* Polit. *n. 50. verſ. Secundus caſus,* Zaſ. *n. 22. verſ. Tertiò fallit.* Leon. *n. 219.* Et Trentac. *d. c. 15. n. 6.* & relatis pluribus Fuſar. *q. 155. n. 17.* Et ratio eſt, quia vnum vtriuſq; eſt teſtamentū, *l. Patris, & filij, ff. de Vulgari.*

617 Limitatur tertiò, vt non procedat, quādo ſubſtitutus eſt incapax ſuccedendi teſtatori, poteſt autem ſuccedere pupillo: tunc enim ſuccedet in bonis, quæ aliunde, quam ex patre ad pupillum peruenerunt, non autem in bonis, quæ patris teſtatoris fuerant. Ita expreſsè habetur *in l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari.*

618 Hinc infertur ſi pater filio legitimo ſubſtituat pupillariter ſpurium (vt de jure poteſt, Barth. *in d. l. Si is qui ex bonis num. 1.* & cæteri communiter) non poſſe talem ſubſtitutum ſuccedere niſi in bonis, quę pupillus aliunde, quàm à patre habebat, cùm ſpurius nihil poſsit capere ex bonis patris. Ita colligitur *ex d. l. Si is qui ex bonis,* ibi: *Ex bonis, quæ teſtatoris fuerant amplius capere non poſsit: quòd ſi pupillo aliquid præterea acquiſitum eſſet, non impediri eum capere, quaſi à pupillo capiat.* Et tenent ibidem Barth *num. 1. & 2,* Jaſ. *num. 1. & 8.* Paul. Caſtr. & Alex. Bald. *in l. Eam quam, num. 53. Cod. de Fideicommiſſ.* Guilhel. Bened. *in cap. Raynutius verb. Vxorem nomine Adelaſiam, deciſ. 5. num. 128.* Speculat *tit. de Succeſſion. ab inteſtato, §. 1. num. 28.* Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 20.* Couar. *in 4. Decretal. 2. p. c. 8. §. 5. num. 4* Menchac. *lib. 3. Controuerſiar. illuſtr. cap. 102. num. 9.* Mattienzo *lib. 5. Ordinam. tit. 8. l. 6. Gloſ. 3. numer. 5.* Perez ibid. *tit. 3. l. 22. fol. 153. verſ. Ex quo meritò,* & alij apud Sanch. *lib. 4. opuſ. cap. 3. dub. 25. num. 2.*

Quanuis autem hæc ſententia communiter ſit recepta, nihilominus Emman. Coſta *in cap. Si pater, 2 p. verſ. Bona omnia, num. 8. & ſeqq.* tenet, quòd non ſolùm in bonis, quæ pupillus aliunde, quàm à patre acquiſiuit, ſed etiam in legitima, quam à patre habuit, poteſt ſpurius ſuccedere ex Pupillari ſubſtitutione. Ducitur, quia bonis proprijs pupilli annumerari debet legitima, quam pater non voluntate, ſed legis neceſsitate ei reliquit, vt colligitur ex text. cum Glòſ. *verb. Neceſſariò, in Auth. de Hæred. & Falcid. §. Siquis verò non implens, collat. 1. & in l. Cohæredi, §. Quod ſi hæredem, verſ. Nec fideicommiſſo, ff. de Vulgari,* vbi dicitur proprias filij facultates fideicommiſſo nō teneri: ex quo textu interpretes omnes colligunt, partem, quæ ex lege filio debetur, non ſubjici fideicommiſſo, quaſi ea pars cenſenda ſit inter proprias facultates filij: & ex text. *in l. Vnum ex familia, §. Si de Falcidia, ff. de Leg. 2.* ibi: *Quid eſt, quod de ſuo videtur reliquiſſe, qui quod reliquit, omnino reddere debuit?* Nec videtur obſtare text. *in d. l. Si is qui ex bonis,* Reſpondet namque idem Coſta, quòd eo tēpore non erat legitima filiorū adeò immunis, vt non poſſet validè grauari fideicōmiſsis, & legatis, *l. Quoniam in prioribus, C. de Inoffic. teſt.* & ideo tunc nō con- 619

Digitized by Google

connumerabatur cum proprijs liberorum facultatibus; proindeque jure optimo filius ſpurius neque ex Pupillari ſubſtitutione ad illam admittebatur, nunc autem cùm jam pater nullo onere eam grauare poſsit, *d.l. Quoniam in prioribus*, meritò inter bona filij propria numeratur:&ideo ſecùs hodie de illa ſentiendum, quantum ad ſucceſsionem ſpurij. Hanc ſententiam dicit Sanch. *d. dub.25.num.6.* eſſe ſatis prebabilem, & tutè amplecti poſſe. Ego tamen à receptiſsima aliorum ſententia propter has Coſtæ ſubtilitates nunquam recedere auderem.

620 Infertur præterea ex prædicta limitatione, quando pater filio legitimo ſubſtituit pupillariter filium naturalem, exiſtentibus alijs legitimis, non poſſe ſimiliter eum ſubſtitutum ſuccedere in omnibus bonis, quæ pupillo à patre obuenerunt. Gloſ. Bald. Angel. Caſtr. Alex. Jaſ. *in d.l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari*, & alij communiter. Quia filio naturali non poteſt pater relinquere vltra vnam vnciam, exiſtentibus alijs filijs legitimis, & naturalibus, *l.2. Cod.de Natural. liberis*, & ideo licèt talis filius poſsit pupillariter ſubſtitui impuberi legitimo, & conſequenter ſuccedere in ejus bonis, eueniente caſu ſubſtitutionis, vt per *l. Lucius, & d.l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari*, tamen ex bonis, quæ à patre obuenerunt illi impuberi, non poteſt capere vltra vnam vnciam, vt probat text. *in d. l. Si is qui ex bonis.* Hoc verò ſic intellige, vt ſubſtitutus priùs capiat totum, & deinde vnciâ retentâ, aliqua patris bona reſtituat legitimis ab inteſtato venientibus, Bald. *in l. Eam quam, num.51.Cod. de Fideicommiſ.* Comenſis *in d. l. Si is qui ex bonis, num. 24.* & ibi Imola, *in fin.* & Jaſ. *num.6.* Decian. *in l. Ius noſtrum, in fine, ff. de Regul. jur.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Et vxorem nomine Adelaſiam, in 5. deciſ. numer. 115. in fine, & numer. 126. de Teſtament.* Corn. *conſil. 236. numer. 6. verſ. Nam quando pater, lib. 2.* & alij quos citat, & ſequitur Fuſar. *de Subſtitution. quæſt. 125. numer. 14.* Non deſunt tamen qui ſentiant, quòd iſte ſubſtitutus ſuccedit etiam in omnibus bonis patris, quæ ad pupillum peruenerunt. Sic Imola *in d. l. Lucius, num. 5. ff. de Vulgari*, Alex. *in d. l. Si is qui ex bonis, numer. 4.* & alij apud Fuſar. *d. quæſt. 125. num. 10.* Sed hoc non videtur probabile, cùm manifeſtè refragetur *dict. l. Si is qui ex bonis*, ſecundùm communem intellectum.

621 Si præter legitimum impuberem, cui pater pupillariter ſubſtituit naturalem, non exiſterent alij filij legitimi, tunc ſubſtitutus ſuccedet ſimpliciter in omnibus bonis pupilli, etiam à patre habitis licèt exiſtant aſcendentes ipſius patris. Quia deficientibus filijs legitimis, perinde poteſt pater relinquere filio ſuo naturali, atque extraneo, vt conſtat ex *Auth. Licet, Cod. de Natural. liber.* vbi patri non habenti legitimos deſcendentes, vel aſcendentes conceditur, vt poſsit relinquere omnia ſua bona filio naturali: & ſi tantùm habuerit aſcendentes, ſecluſâ legitimâ eis debitâ, poſsit reliquum illi dare, quod ſimiliter efficere poteſt reſpectu extranei, vt eſt notiſſimum: extraneus autem pupillariter ſubſtitutus ſuccedit in omnibus bonis pupilli vndecumque habitis, excluſis omnibus aſcendentibus ipſius pupilli, etiam quoad legitimam eis debitam, vt tradunt communiter DD. & dicemus explicando tertium effectum Pupillaris ſubſtitutionis, de quo infra *§. 15. & ſeq.* ergo idem eſt dicendum, quando ſubſtitutus eſt filius naturalis, & non ſuperſunt alij legitimi. Quæ reſolutio procedit etiam ſpectato jure Luſitano in filio naturali hominis non plebeij, cui *lib.4.Ordin. tit. 92.* indulgetur, vt poſsit relinquere filijs naturalibus, ſicut quibuſuis patribus conceditur *in d. Auth. Licet.*

622 Si autem pater non plebeius præter naturalem filium legitimo impuberi ſubſtitutum, habeat alios filios legitimos nihil omnino, ſecundùm idem jus Luſitanũ capere poteſt naturalis ſubſtitutus de bonis quæ impubes habuit à patre, ſed ea

Digitized by Google

tantum, quæ ipſe impubes aliunde ac-
quiſiuit, juxta *d. l. Si is qui ex bonis, ff. de
Vulgari*, quia ex diſpoſitione d. Ordin.
loc. cit. nihil omnino poteſt pater non
plebeius habens filios legitimos relinque-
re naturali: & ſic non poteſt talis ſubſti-
tutus quidquam decerpere de bonis, quæ
patris fuerant, *vt ſupra*, de ſpurio dictum
eſt. Si verò pater ſit plebeius, tunc ſiue
ſimul habeat alios filios legitimos, ſiue
non, perinde poteſt ſubſtituere pupilla-
riter filium naturalem, atque filium legi-
timum, vt *d. tit.* 92. diſponitur, & conſe-
quenter talis ſubſtitutus eueniente caſu
ſubſtitutionis omnia bona pupilli capiet,
vndecumque ei obuenerint, non ſecùs
quàm ſi eſſet legitimus.

623 Redeundo autem ad propoſitam dif-
ficultatem principalem, quæres, vtrùm
pupillariter ſubſtitutus non habens im-
pedimentum ex quo nequeat ſuccedere
in omnibus bonis pupilli vndecumque
acquiſitis, poſsit nihilominus petere ſe-
parationem bonorum, repudiando hære-
ditatem, ſeu bona, quæ à patre obuene-
nerunt pupillo, & acceptando tantùm
bona, quæ pupillus aliunde habuit? Reſ-
pondetur negatiuè per text. *in l. Sed ſi
plures, §. Filio impuberi, ff. de Vulgari*,
& ſic tenent ibi DD. *& in ſuis tract. de
Subſtit. in materia Pupillaris*, Polit. *nu-
mer.* 53. *verſ. Primo caſu*, Zaſius *num.* 20.
in fine, & num. 21. & Leon. *numer.* 221.
Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.*
48. *num.* 6. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2.
cap. 18. *num.* 1. & cum alijs Fuſar. *de Subſ-
titut. q.* 155. *num.* 8. Ratio redditur *in d.
§. Filio impuberi*, quia hæreditas patris,
quæ ad pupillum peruenit, permiſta eſt
cum hæreditate pupilli, & ex vtraque co-
aleſcit vna hæreditas totalis ipſius pupilli:
hæres autem non poteſt acceptare vnam
partem hæreditatis, & repudiare alteram,
ſed aut vtramq; aut neutrã habere debet.

624 Vtrùm verò poſsit talis ſubſtitutus ex
perſona pupilli petere reſtitutionem ad-
uerſus aditionem, ſeu immiſtionem, qua
pupillus hæreditati paternæ ſe immiſcu-
it, & ſic liberare ſe à tali hæreditate, retẽ-
tis tantùm bonis, quæ pupillus aliunde
habuit? Reſpondetur affirmatiuè ex com-
muni ſententia, quam tenent Barth. *in d.
§. Filio impuberi*, & ibi Imola, Caſtr.
Alex. Raph Jaſ. & alij communiter, idem
Barth. *in l. fin. ff. de Acquir. hæred. &
in l. Quidam elogio, num.* 3. *Cod. de Iure
deliber.* Imola *in l. Si filius qui patri, ff.
de Vulgari*, Zaſius *tract. de Subſtit. cap.*
2. *numer.* 21. Leon. *tract. etiam de Subſ-
titut. in materia Pupillaris, numer.* 223.
vbi dicit hanc eſſe communem opinio-
nem, Trentacinq. *d. cap.* 18. *num.* 2. *verſ.
Hæc quæſtio*, licèt quandam limitatio-
nem adhibeat, de qua infra, & cum alijs
Fuſar. *de Subſtitut q.* 150. per tex. *in l.
Non ſolum, ff. de Reſtitut. in integr.* vbi
beneficium talis reſtitutionis competens
Minoribus dicitur competere etiam eo-
rum ſucceſſoribus, & per generalitatem
l. Minor autem, §. fin. ff. de Minor.

Contrarium tamen tenent aliqui, ma- 625
ximè verò Polit. *tract. de Subſt. rubr. de
Pupillari, n.* 54. qui ducitur hoc fũdamẽ-
to, dicens ſibi videri quod per illud cæte-
ra apparebunt inania: quia vel ponimus
quòd ſubſtitutus nondum adiuerat hære-
ditatem pupilli; & tunc certum eſt non ei
competere reſtitutionem ex perſona ip-
ſius pupilli, cùm nondum ſit illius hæres:
jura verò pro communi ſententia adduc-
ta loquuntur de hærede Minoris: vel po-
nimus, quòd jam adiuerat; & tunc etiam
non competit ei dicta reſtitutio ex perſo-
na pupilli, quia adeundo ejus hæreditatẽ,
cum qua hæreditas paterna erat permiſta,
proprio ſuo facto, & nõ facto impuberis,
ſe vtrique hæreditati obligauit; & ideo cũ
læſio ex facto ſuo ei prouenerit, nõ debet
illi competere dicta reſtitutio ex perſona
pupilli.

Ad hoc tamen bene reſpondet Leon. 626
ſupra, falſum eſſe quòd læſio in præſenti
caſu prouenerit ſubſtituto ex ſuo facto:
ſolùm enim prouenit ex facto pupilli qui
paternam hæreditatem adiuit; ex qua
aditione læſio orta eſt, non ex aditione
ſubſtituti: nam hic ſolùm adiuit hæredi-
tatem pupilli; & licèt in ea ſimul reperia-
tur hæreditas patris, id prouenit ex fac-
to pupilli, à quo adita eſt; nec refert
quod

Digitized by Google

quod ſubſtitutus illam acquiſiuit per aditionem, qua adijt hæreditatem pupilli,& ſic facto ſuo; quia non acquiſiuit illam principaliter, neque vt hæreditatem paternam, ſed vt partem hæreditatis pupillaris neceſſariò cum illa conjunctam ob factum pupilli, qui eam adiuit; quare tota læſio reuocatur in factum pupilli: & ſic non debet ſubſtituto denegari dicta reſtitutio, quaſi facto ſuo aditionem pupilli approbauerit, & ſe paternæ hæreditati obligare voluerit; ſiquidem reuerà ſolùm voluit acceptare hæreditatem pupilli, in cujus conſequentiam, ac minùs principaliter venit etiam paterna, quam pupillus acquiſiuit: quæ autem veniunt in conſequentiam non ſunt in conſideratione, nec impediunt, *l.* 1. & ibi not. *ff. de Author. tut.*

627 Aliter contra communem ſententiam arguit Aretin *in d § Filio impuberi*, quia cùm hæreditas patris confuſa ſit cum hæreditate pupilli, & ex vtraque effectum vnum patrimonium,& vna hæreditas pupilli, vt dicitur *in d. §. Filio impuberi*, ſi ſubſtitutus poſſet per reſtitutionem in integrum ſeparare has hęreditates, & ſuccedere tantùm in hęreditate pupilli, ſequeretur quòd beneficio talis reſtitutio- poſſet hæreditas adiri pro parte, & pro parte non adiri,contra text. *in l.* 1. *&* 2. *ff. de Acquir. hæred. & in l. Neminem,ff. de Leg.*2. quod ne ipſi quidem Minori ſi viueret, permittendum eſſet, nedum ejus ſucceſſori ex illius perſona, *l. Quod ſi Minor, §. Scæuola, in fine, ff. de Minor.*

628 At hoc etiam argumentum facilè diſſoluitur, negando ſequelam; quę quidem falſa eſt, nam ſubſtitutus adeundo hæreditatem pupilli, & poſtea impetrando reſtitutionem nomine pupilli aduerſùs aditionem hæreditatis paternæ à pupillo factam, efficit vt hæreditas paterna deſinat eſſe in hęreditate pupilli;ſeu vt hæreditas pupilli integrè conſiſtat in bonis aliunde, quàm ex paterna hæreditate acquiſitis, & ſic ſuccedendo tantùm in illis bonis, non ſequitur quòd ſuccedat tantùm pro parte in hæreditate pupilli, ſed quòd ſuccedat in totam, ſiquidem, ſuppoſita dicta reſtitutione, tota conſiſtit in illis bonis, ac perinde ſe habet, quaſi à principio illis tantùm conſtaret: non ſecùs, quàm ſi ipſe pupillus reſtitutionem impetraret,vel ipſam patris hæreditatem ab initio repudiaret; quia reſtitutio in integrum retrotrahitur ad initium actus geſti, & ita illum reſcindit, ac ſi à principio irritaſſet.

Prędictam verò communem ſententiam intelligendam cenſet Trentacinq. *loc. cit.* vt ſolùm procedat, quando pupillus deceſsit in Suitate; ita vt quamuis paternam hæreditatem non adiret, Pupillaris nihilominus ſubſtitutio per ipſam exiſtentiam Suitatis confirmaretur: nam ſi ponamus eum non fuiſſe Suum hęredem, vt quia fuit ei datus cohæres extraneus, cùm in tali caſu neceſſaria omnino ſit aditio hæreditatis paternæ, ad hoc vt Pupillaris ſubſtitutio confirmetur, *l.* 2. *in princip. verſ. Adeo autem, ff. de Vulgari*, ſanè ipſe ſubſtitutus adeundo pupillarem hæreditatem videtur etiam approbaſſe aditionem hæreditatis paternæ,tanquam neceſſarium antecedens, *l. Illud, ff. de Hæred. acquir.* & ſic jam non poteſt petere reſtitutionem aduerſùs illam ex perſona pupilli, cùm eam ipſe approbauerit. 629

Hæc tamen ratio non conuincit: quia licèt illa aditio fuerit abſolutè neceſſaria ad confirmationem ſubſtitutionis; attamen non fuit neceſſaria permanenter quoad effectum, ut pupillus inſtitutus maneret hæres pleno jure, ſed ſolum ut maneret hęres nudo nomine, ſicut proculdubio maneret, ſi ipſe adverſùs eam reſtitueretur, *l. Et ſi ſine, §. Sed quod Papinian.* idque ſufficeret ut Pupillaris ſubſtitutio ei facta ſubſiſteret, ut probat tex. *in l. Si filius*, & ibi Barth. Imola, Alex. & alij, *ff. de Vulgari.* Vnde quando ſubſtitutus pupillarem hæreditatem adiuit, non oportet intelligi quòd approbauerit aditionem paternæ à pupillo factam, quoad effectum vt ipſe pupillus maneret hæres pleno jure; cùm id neceſſarium non fuerit, vt hęreditas pupilli adiri poſ- 630

poſſet ex Pupillari ſubſtitutione: & ſic non poteſt dici, quod læſio proueniens tali ſubſtituto ex hæreditate patris, quæ ad ipſum peruenit, ortum habuerit ex facto, & approbatione ipſius ſubſtituti, ſed ſolùm ex facto pupilli, qui adiuit paternam hæreditatem,& manſit hæres pleno jure, cùm poſſet reſtitui, & manere hæres ſolo nomine, quod ad confirmationem & effectum ſubſtitutionis ſufficeret.

631 Adde,non bene hîc applicari,eum qui vult conſequens, cenſeri approbare antecedens neceſſarium, nam hoc verificatur in eo qui vult conſequens antequam ſupponatur antecedens executioni mandatum; non autem quando antecedens jam ſupponitur: vt patet in eo qui vult punire peccatum à ſe, vel ab alio admiſſum: nam licèt ad punitionem neceſſaria omnino ſit culpa antecedens,tamen qui vult illud conſequens non cenſetur velle, aut approbare tale antecedens: idem videre eſt in meretrice, quæ licitè petit ſtipendium illiciti actus antea admiſsi, vt omnes fatentur, quia per hoc non cenſetur illum approbare,vel de illo gaudere,quâuis fuerit antecedens neceſſarium: quod ſecùs eſſet, ſi actus nondum eſſet admiſſus, & ita in ſimilibus exemplis. Sic igitur in præſenti: cùm aditio paternæ hæreditatis ſupponatur facta per pupillum antequam ſubſtitutus adiret hæreditatem pupillarem, licèt ad hoc conſequens neceſſaria fuerit illa antecedens aditio, non ſequitur quòd ſubſtitutus illam approbat, quando ipſe adit hæreditatem pupilli, ſed ſolùm quòd vtitur illa, ſeu ejus effectu ad ſuum commodum. Et ſic non valet argumentum Trentacinquij neque ejus limitatio admittenda eſt. Quæ quidem, & ſi vera eſſet, adhuc non procederet, quando etiam cohæres extraneus pupillo datus hæreditatem adiret; quia tunc ſola ejus aditio ſufficeret ad confirmandam Pupillarem ſubſtitutionem, & omnia contenta in teſtamento, vt eſt cõmunis & certa omnium ſententia; & ſic aditio facta per pupillum non eſſet antecedens neceſſarium, quod ſubſtitutus videretur approbare, eo ipſo quòd pupillarem hæreditatem adiret.

Quæres præterea, vtrùm pupillariter ſubſtitutus acceptare poſsit hæreditatem paternam, & repudiare pupillarem? Hęc quæſtio in duplici ſenſu poteſt intelligi: primus eſt, vtrùm ſubſtitutus pupillaris, qui ſimul inſtitutus fuit in aliqua parte hęreditatis paternæ, poſsit adire eam partem, & poſtea veniente caſu ſubſtitutionis, repudiare hæreditatem pupilli? Et in hoc ſenſu reſpondetur ad quæſtionem negatiuè per text. expreſſum *in l. Quidam elogio, Cod. de Iure deliber.* & ita ibi tenet Gloſ. *verb. Admittantur,* Barth. *num.*3. & cæteri communiter. Secundus eſt, vtrùm ex Pupillari ſubſtitutione, ſiue per aditionem ex principali teſtamento, ſiue per exiſtentiam Sui hæredis confirmatâ, poſsit ſubſtitutus acceptare hæreditatem quam pupillus habuit à patre, & recuſare hæreditatem ipſius pupilli quoad bona quæ aliunde illi obuenerant? Et in hoc etiam ſenſu reſpondetur negatiuè, ex ratione adducta *in d. l. Sed ſi plures, §. Filio impuberi, ff. de Vulgari,* quia hæreditas patris, quæ deuenit ad pupillum, & hæreditas ipſius pupilli ex bonis aliunde habitis, faciunt vnam tantùm hæreditatem totalem: & non licet hęredi acceptare vnam partem hæreditatis, & repudiare aliam, vt per text. *in d.§. Filio impuberi, & ſimil.* 632

Quæri etiam hîc ſolet, quid juris, ſi ſubſtitutus pupillaris, & ſimul etiam inſtitutus, & cohęres pupillo datus, nolit adire ex inſtitutione, velit autem habere hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione? Et in hoc caſu diſtinguendum eſt. Nam vel pupillus, cui facta eſt ſubſtitutio, adiuit hæreditatem paternam, pro parte in qua eſt inſtitutus, vel ab ea abſtinuit; ſi adiuit, non poteſt ſubſtitutus habere hæreditatẽ pupillarem ſine paterna, quæ ad pupillum peruenit,cùm ex vtraque vna totalis, & indiuiſibilis eſſe cæperit, vt proximè dictum eſt per text. *in d.§. Filio,*& notat Barth. *in d.l. Quidam elogio, num.* 3. *C. de Iure deliber.* Si abſtinuit, tunc vel ſubſtitutus eſt extraneus, vel frater pupilli: ſi 633

ex-

extraneus, non poteſt habere vllo modo pupillarem hæreditatem, niſi pupillo datus ſit alius cohæres, qui adiuerit; quia ſine aditione ex principali teſtamento non ſubſiſtit Pupillaris ſubſtitutio, *d. l. 2. in princip. §. Adeo autem, ff. de Vulgari*; neque poteſt dici quòd ſubſtitutio confirmata ſit in eo caſu ex potentia Suitatis ipſius pupilli: quia per dationem cohæredis extranei ea potentia tollitur quoad hunc effectum, vt eſt communis ſententia per text. *in l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* & ita docent Gloſ. *in d. l. Quidam elogio, verb. Admittantur*, & ibidem Barth. & alij, Trentacinq. *de Subſtit. p. 2. cap. 18. num. 2. verſ. Secundus caſus principalis*, cæterique communiter. Si verò eſt frater, poteſt habere hæreditatem pupillarem, abſque paterna, ſi modo talis frater ſit Suus hæres; ratio eſt quia in tali caſu confirmantur tabulæ pupillares per exiſtentiam Suitatis, quę non tollitur per dationem cohæredis Sui: & ideo licèt vterque frater abſtinuerit à paterna hæreditate, neque hæc fuerit adita per aliquem alium, id nó tollit quominus Pupillaris ſubſtitutio teneat, & ſic frater ſubſtitutus pupillarem hæreditatem obtinere poſsit, abſque paterna quam vterque recuſauit. Ita docent Barth. ſupra Trentacinq. poſt *d. verſ. Secundus caſus principalis*, Polit. *de Subſtit. rubr. de Pupillari, num. 55. fine*, & alij communiter, & probatur per *l. Si filius, ff. de Vulgari.*

634 Illud tandem pro præſenti materia notabis, ſi pupillus, cui facta eſt Pupillaris ſubſtitutio expreſſa, repudiet hæreditatem patris à quo inſtitutus eſt, dato ſibi cohęrede extraneo, qui etiam repudiauit, adhuc in tali caſu ſubſtitutum pupillarem ſuccedere poſſe tam in hæreditate patris, quàm in pupillari; quia cùm in ſubſtitutione Pupillari expreſſa contineatur tacita Vulgaris, poteſt ſubſtitutus ex ipſa tacita Vulgari adire paternam hæreditatem; & per eam aditionem etiam ipſa Pupillaris ſubſtitutio confirmabitur, proindeque ex illa ſic confirmata ſuccedet pariter ſubſtitutus in hæreditate Pupillari, & ſic vtramque hæreditatem conſequetur. Atque ita poſt Bald. *in l. vltim. numer. 10. Cod. de Inſtit. & ſubſtitut.* tenent Leon. *de Subſtit. in materia Pupillaris, num. 198.* Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib. 5. tit. 5. ante numer. 7.* & Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. cap 10. num. 8. & ſub numer. 17. verſ. Tertius caſus*, & nos etiam attigimus *ſect. præced. §. 21. numer. 338. ad fin.*

§. 12. *Vtrum ſubſtitutus pluribus impuberibus admittatur ex Pupillari, quolibet eorum ante pubertatem moriente, vel ſolùm in caſu, quo omnes in pupillari ætate decedant?*

SUMMARIUM.

Quando Pupillaris facta eſt pluribus cum adjectione nominis collectiui, veluti, Si omnes, *vel*, ambo, *vel*, vterque deceſſerint in pupillari ætate, &c. *non ſuccedit ſubſtitutus cùm primus eorum moritur, ſed tum demum ſi omnes, vel vterque ante pubertatem deceſſerint: quod intellige, dummodo ſuperſtites poſsint aliàs illi primò ſuccedere, num. 635.*

Quando Pupillaris facta eſt pluribus ſeparatim admittitur ſubſtitutus, vbi aliquis eorum in pupillari ætate decedit, vt quando dictum eſt, Titio filio meo in pupillari ætate decedenti ſubſtituo Caium: & ſimiliter Seio ſi in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo Caium, vel Sempronium; *num. 636.*

Quando Pupillaris ſubſtitutio facta eſt pluribus diſtributiuè, vt ſi dictum eſt, Cuilibet eorum ſubſtituo, &c. *vel*, quolibet eorum ante pubertatem decedente, ſubſtituo, &c. *reſoluitur ſubſtitutio in ſingularitates, & admittitur ſubſtitutus, quolibet eorum ante pubertatem decedente, num. 637. Id verò intelligitur, niſi ſuperſit perſona prædilecta, num. 638.*

Quando ſubſtitutio facta eſſet pluribus per

Digitized by Google

per nomen particulare, vt; Si quis eorum, aliquis eorum, vter eorum, quiſquis ex eis deceſſerit in pupillari ætate, ſubſtituo, &c. locus eſt ſubſtituto in cujuſcumque perſona conditio eueniat, neque conſumitur ſubſtitutio in primo, in cujus perſona conditio purificatur, ſed locum vlteriùs habet in quouis alio ex inſtitutis, in quo poſtea euenerit conditio; num. 639. Vtrùm id procedat, licèt ſuperſit perſona prædilecta? ibid.

Quando ſubſtitutio facta eſſet pluribus alternatiuè, vt; Si Titius, vel Seius in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo, &c. locus eſt ſubſtituto, in quocumque eorum conditio purificetur: niſi ſuperſit perſona magis dilecta; num. 640.

Quando ſubſtitutio facta eſt pluribus ſimpliciter copulatiuè, ſeu conjunctim; Vt Titio, & Seio, ſi in pupillari ætate deceſſerint, ſubſtituo, &c. communis ſententia eſt non admitti ſubſtitutum eueniente conditione in perſona primi morientis, ſi is qui ſupereſt eſt perſona, quæ præſumitur magis teſtatori dilecta; num. 641. & ſeq.

Prædicta communis ſententia locum non habet, quando impubes, qui ſupereſt, non eſt hæres ab inteſtato defuncti, vt quia erant fratres tantùm conſanguinei, & eſt in medio frater vtrinque conjunctus defuncto, vel mater ipſius defuncti; n. 643. Neque etiam quando frater ſuperſtes repudiaret hæreditatem defuncti; num. 644. Item neque quando ſubſtitutus eſſet etiam de liberis teſtatoris; num. 645. Neque juxta Angel. quando impuberes eſſent inſtituti in rebus certis, & ſubſtitutus extraneus illis datus, inſtitutus eſſet vniuerſaliter. Sed hæc ſententia rejicitur; num. 446.

Si teſtator habens tres filios vtrinque cõjunctos, duos impuberes, & vnum puberem, omnes ſibi hæredes inſtituat, & duobus impuberibus ſubſtituat pupillariter quemdam extraneum, an talis ſubſtitutus ſtatim admittatur, altero illorum impuberum decedente? numer. 647. Dato quòd ille ſubſtitutus non admittatur, ſed quòd debeat ſuccedere impubes ſuperſtes, an ſimul cum illo ſucceſſurus ſit frater pubes in hæreditate defuncti? Et ſi pars affirmatiua ſit vera, vtrùm decedente poſtea ſecundo impubere in ætate pupillari, ſuccedat ſubſtitutus in tota hæreditate, & bonis vtriuſque impuberis; ita ut etiam portio, quæ per mortem primi deuenit ad fratrem puberem, ei reſtituenda ſit? num. 648. & ſeq.

Vtrum cauſa pia ſubſtituta copulatiuè duobus impuberibus, ſuccedat ſtatim impleta conditione in perſona impuberis primò decedentis? Prima ſententia affirmat; num. 650. Secunda probabibiùs negat; num. 651. Limitatur hæc ſecunda ſententia, niſi ſubſtitutio eſſet facta pro malè ablatis; ibid.

Quando teſtator grauauit filium, vt hæreditatem reſtitueret alicui pio loco, intelligitur grauaſſe ſub tacita conditione, ſi ſine liberis decederet; d. num. 651.

Quando Pupillaris ſubſtitutio facta eſt pluribus impuberibus, & conditio talis ſubſtitutionis ſolùm euenit in perſona vltimò decedentis, (quia ſcilicet primus deceſſit pubes, & ſolus vltimus deceſſit impubes) vtrùm in tali caſu admittendus ſit ſubſtitutus ad ſucceſſionem illius vltimi? Reſpondetur affirmatiuè ex communi ſententia; num. 652. & ſeq.

Limitatur primò prædicta ſententia, vt non procedat, quando ſubſtitutio eſt facta per nomen collectiuum, Vt ſi ambo deceſſerint in pupillari ætate, &c. Rejicitur tamen hæc limitatio; numer. 654.

Limitatur ſecundò vt non procedat, ſi ille qui priùs mortuus eſt, filios reliquit. Quod intelligitur, niſi ſubſtitutus eſſet etiam de liberis teſtatoris; num. 655.

Quæ perſona in præſenti materia cenſeatur magis dilecta, ita vt ex veroſimili mente teſtatoris ſubſtitutum excludat? num. 656. & ſeq.

Hæc

HÆc quęſtio aliqua ratione ſpectat ad prædictum ſecundum effectum Pupillaris ſubſtitutionis,& ideo antequam ad tertium effectum progrediamur, expedienda eſt, ſicut & quædam aliæ quæſtiones, quas *in ſequentes §§.* reſeruamus.

635 In propoſita igitur quæſtione aliqui caſus diſtinguendi ſunt. Primus eſt,quando ſubſtitutio facta eſt pluribus cum adjectione nominis collectiui,veluti, *ſi omnes*, vel, *ambo*, vel, *vterque deceſſerint in pupillari*, &c. & in hoc caſu certum eſt ſubſtitutum non ſuccedere cùm primus moritur, ſed tum demum, ſi omnes, vel vterque ante pubertatem deceſſerint. Ita expreſsè habetur *in l. pen. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Et ratio eſt, quia in hoc, & verborum ſignificatio, & mens teſtatoris congruit. Si tamen mortuo primo alius, vel alij ſuperſtites non poſſint illi primo ſuccedere, vt quia erant ejus fratres ſolùm conſanguinei, & excludebantur per illius matrem,vel per alium fratrem maiorem vtrinque conjunctum, tunc ſubſtitutus ſtatim admittetur non obſtante illo nomine collectiuo,vt relatis multis bene docet Trentacinq. *de Subſt. p.2. cap. 6. ſub num.* 21. & conſtabit ſatis ex infra dicendis *num.*643. *&* 654.

636 Secundus caſus eſt, quando ſubſtitutio facta eſt pluribus ſeparatim: & tunc certum etiam eſt admitti ſubſtitutum, vbi aliquis eorum in pupillari ætate decedit, vt quando dictum eſſet;*Titio filio meo in pupillari ætate decedenti, ſubſtituo Caium; & ſimiliter Seio, ſi in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo Caium, vel Sempronium.* Ita Barth. *in l. Hæredes mei §. Cum ita, num. 5. ff. Ad Trebel.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.*11. *numer.*1. *verſ. Similiter etiam*, & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 162. *num.*2. & Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.*13. *numer.*5. idem in ſimili de Fideicommiſſaria, in qua eadem quoad hoc eſt ratio, tradit, relatis pluribus, Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 186. *num.* 2. Probatur *in l. Pater filium, §. vlt. ff. Ad leg. Falcid.* & conſtat facilè, quia cùm pluribus ſingillatim facta eſt ſubſtitutio, debet in ſingulis ſuum effectum ſortiri, ſiue ea ſit Vulgaris ſiue Pupillaris, ſiue Fideicommiſſaria: quę reſolutio procedit, licèt ſubſtitutus ſit extraneus, vt cum alijs notat Fuſar. *ſup. num.* 3.

Tertius caſus eſt, quando ſubſtitutio facta eſt pluribus diſtributiuè, ſeu per verbum diſtributiuum; vt ſi dictum eſt, *Cuilibet eorum ſubſtituo*, &c. vel, *quolibet eorum decedente ante pubertatem, ſubſtituo*,&c. Et in hoc caſu concludunt etiam DD. ſubſtitutionem reſolui in ſingularitates, & ſic admitti ſubſtitutum, quolibet illorum ante pubertatem decedente. Quam ſententiam relatis pluribus tradit, & latè explicat Peregrin. *d. art.* 13. *num* 31. *& ſeq* eamque teneri communiter à DD. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita*, affirmat Fuſar. *d. q.* 162. *num.*4. & quidem quando diſtributiuum adjicitur verbo diſpoſitiuo, vt in primo exemplo; *Cuilibet eorum ſubſtituo*, &c. res eſt manifeſta; quia de natura talis diſtributiui eſt attribuere actum cuilibet in ſolidū ſeparatim, *l. Non diſtinguemus, §. Cum in plures, ff. de Arbitr.* & oratio diſtributiua vnius tantùm membri veritatem requirit, *l. Si ita fuerit, ff. de Reb. dub.* Quando autem diſtributiuum adjungitur conditioni, vt in ſecundo exemplo; *Quolibet eorum decedente*, &c. non eſt res adeo expedita; ſed tamen etiam tunc reſolutio tradita eſt de mente Barth. *in d. §. Cum ita*, eamque probant Imola, Angel. & Alex. apud Peregrin. *ſub d. numer.* 31. qui ita etiam ſentit. 637

Intelligitur autem prædicta reſolutio, niſi ſuperſit perſona prædilecta, quæ ſubſtitutum ſolet excludere ex præſumpta voluntate teſtatoris, (de qua perſona, quænam ſit? infra *num.* 656 *& ſeq.* dicendum eſt) tunc enim tenent multi apud eundem Peregrin. *num.*32. non eſſe locū ſubſtituto, ſed ſuccedere illam perſonam prædilectam jure legitimę hæreditatis, ſubſtituto excluſo; idque ſiue diſtributiuum fuerit adjectum conditioni, ſiue quod magis eſt, adjectum fuerit verbo diſ- 638

Digitized by Google

diſpoſitiuo, vt cùm dictum eſt; *Cuilibet ſubſtituo.* Quam limitationem probant multis argumentis: & reuerà eſt ſatis probabilis, eamque idem Peregrin. videtur amplecti. Quod ſi opponas, diſtributiuum perinde operari, acſi eſſent factæ plures dinumerationes, & ſeparatæ diſpoſitiones, *l. Sicut in annos, verſ. Vnde tractatum, ff. Quibus mod. vſufr. amit.* in quo caſu dicta perſona prædilecta non conſideratur. Reſpondent, negando tantundem operari, quia multũ intereſt, an dinumeratio fiat ſpecificè, vel ſolùm per diſtributiuum, vt notatur *in l. Stichum, §. Stipulatio, ff. Verb. oblig.*

639 Quartus caſus eſt, quando ſubſtitutio facta eſſet pluribus per nomen particulare, vt quia dictum ſit; *Siquis eorum, aliquis eorum, vter eorum, quiſquis ex eis deceſſerit in pupillari ætate, ſubſtituo,* &c. Et tunc etiam ſubſtituto eſt locus in cujuſcumque perſona conditio eueniat, perinde acſi euilibet ſingillatim ſubſtitutio eſſet facta: Quia dictio, *aliquis, ſiquis,* ſingulas perſonas ſignificat, vt latè per Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Omnia, vel partem aliquam, num.* 5. & quia particularis propoſitio æquiparatur disjunctæ, Barth. *in l. Si is qui ducenta, §. Vtrum, ff. de Reb. dub.* Atque ita relatis alijs docet Peregrin. *de Fideicommiſ. d. art.* 13. *num.* 29. *&* 30. vbi etiam aduertit, ſubſtitutionem non conſumi in primo, in cujus perſona conditio purificatur, ſed locum vlterius habere in quouis alio ex inſtitutis, in quo poſtea conditio fuerit purificata, quia oratio particularis, qualis eſt, cũ dicitur, *Siquis eorum,* vel, *ſi aliquis eorum,* &c. in quolibet verificari poteſt, *l. Si neceſſarias, §. Si annua, ff. de Pignorat. act. l. Qui filiabus, §.* 1. *ff. de Leg.* 1. Barth. *in l. Hoc articulo, col. pen. verſ. Venio, ff. de Hæred. inſtit.* & ſuâpte naturâ comprehendit diſtributiuè ſingulas res, & perſonas, quæ ſub vniuerſitate cõtinentur, ſeu vt DD. loquuntur, omnes comprehendit, nullo excluſo, Joan. Andr. *in cap. Quiſquis, de Elect.* Gemin. *conſil.* 29. Gozadin. *conſil.* 27. & latiſsimè Tiraquel. ſupra *ſub num.* 14. Vtrum verò hæc reſolutio procedat quanuis ſuperſit perſona prædilecta? Affirmant aliqui apud Trentacinq. *d. num.* 30. *fine,* ipſe tamen valde dubitat, *& num.* 32. *in fine,* magis in contrarium inclinat, ex traditis pro caſu, quo ſubſtitutio eſt facta per nomen diſtributiuum; in quo contrarium videtur receptum, *vt num. præced.* vidimus.

Quintus caſus eſt, cùm ſubſtitutio eſt facta alternatiuè, vt cùm dictum eſſet; *Si Titius, vel Seius in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo.* In hoc caſu idem reſoluunt DD. atque in caſu præced. Quia in alternatiuis ſufficit alteram eſſe veram, *d. l. Si is qui ducenta, §. Vtrùm, ff. de Reb. dub.* Quod tamen limitatur, niſi obſtet perſona magis dilecta, nam vt hæc non excludatur, alternatiua reſoluitur in conjunctam, *d. l. Si is qui ducenta, §. Item ſi pater, & l. Generaliter, §. Cum autem, Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Et ita in caſu propoſito locum habet ſubſtitutio, vbi cõditio in altero illorum impuberum fuerit purificata, niſi ſuperſit perſona prædilecta, vt ſi ſubſtitutus erat extraneus, cùm ſuperſit filius teſtatoris: ſic reſoluit cum alijs Fuſar. *d. q.* 162. *num.* 5. *&* 6. & Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 34. *juncto num.* 32. Idemque in ſimili de Fideicommiſſaria tradunt plerique, & nos etiam in Vulgari reſoluimus *ſect. præced. §.* 13. *numer.* 220. *& ſeq.* 640

Sextus & vltimus caſus eſt, quando ſubſtitutio eſt facta pluribus ſimpliciter copulatiuè, ſeu conjunctim, vt cùm dictum eſt; *Titio, & Seio, ſi in pupillari ætate deceſſerint, ſubſtituo,* &c. vel, *Inſtituo Titium, & Seium, & ſi in pupillari ætate deceſſerint, ſubſtituo illis,* &c. In hoc caſu communis ſententia eſt, ſubſtitutum non admitti, eueniente conditione in perſona primi morientis, ſi is qui ſupereſt, eſt perſona, quæ præſumitur magis teſtatori dilecta. Ita Barth. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* & ibi Alex. Paul. Caſtr. Ripa *num.* 118. & alij communiter: idem tenet Gloſ. *in l. Si pater impuberis, ff. de Vulgari,* & ibi Barth. Caſtr. & Alex. Bald. *in l. pen. Cod. de Impuber.* 641

puber & alijs ſubſtit. & ibi Barth. Angel. Salic. Alex. Iaſ. Corn. Curt. jun. & cæteri ſcribentes communiter, Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib.* 11. *tit.* 5. *numer.* 10. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 61. *num.* 12. Trentac. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 6. *num.* 6 Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 13. *num.* 22. *& ſeq.* & cũ multis alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 162. *numer.* 8.

642 Fundamentum Bartholi *in d. §. Cum ita*, quod communiter à cæteris approbatur, eſt; quia licèt illorum verborum interpretatio deſervire poſſet, vt ſubſtitutio reſolvenda eſſet in ſingularitates, cùm per eam ſuccedatur cuilibet in ſua hæreditate, & ſic reſpiciat diverſos effectus, & diverſas hæreditates; quod quidem ſtando in ſola verborum proprietate ſatis eſt vt cenſeatur facta ſingulariter, juxta. *l. Falſa*; *§. fin. ff. de Condit. & demonſtr.* ex qua habetur, quòd generalitas reſpiciens plures effectus diverſos reſolvitur in ſingularitates, tamen in præſenti caſu repugnat huic interpretationi præſumptio voluntatis teſtatoris; quia præſumitur voluiſſe conſervare inter illos filios impuberes jus legitimæ ſucceſſionis (qua ſcilicet ſuperſtes ſuccedit invariabiliter præmortuo ab inteſtato, juxta legis præſcriptum, prout latiùs declarat Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 18.) vt per text. *in d. l. penult. Cod. de Impuber. & alijs ſubſt. & in l. Si is qui ducenta, §. Item pater, ff. de Reb. dub.* Et ratio eſt, quia cùm illi impuberes inſtituti cenſeantur teſtatori prædilecti, & per legem illis competat mutua ſucceſſio ab inteſtato, quæ per eorum voluntatem variari non poteſt, non præſumitur quòd teſtator per dationem ſubſtituti voluerit eos privare illo juris beneficio, ſed ſolùm quòd poſt eos, ſi intra ætatem pupillarem morerentur, ſubſtitutus ſuccederet.

643 Ex hoc fundamento à ceſſante ratione notant DD. præfatam reſolutionem non habere locum, quando impubes, qui ſuperſit, non eſt hæres ab inteſtato defuncti, vt quia erant fratres tantùm conſanguinei (id eſt, ex eodem patre, & diverſa matre) & eſt in medio frater vtrinque conjunctus defuncto, vel mater ipſius defuncti, quæ jure nouo excludit fratrem ſui filij tantùm conſanguineum. *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* In tali enim caſu ſuccedit ſubſtitutus, vbi primum conditio ſubſtitutionis euenit in perſona primi impuberis; quia cùm ceſſet dicta ratio conſeruandæ legitimæ ſucceſsionis inter eos impuberes, ſola exiſtentia ſuperſtitis non præbet impedimentum ſubſtituto ad vtilitatem alterius, vt per *l. Nec vtilem, ff. Ex quib. cauſ. maior.* Hujus ſententiæ ſunt Bald. *in d. l. penult. Cod. de Impuber. & al. ſubſtit.* & ibi Fulgoſ. Caſtr. Alex. Corn. Jaſ. & alij Ripa *in d. §. Cum ita, num.* 120. vbi hanc ſententiam dicit communem, multique alij, quos citant, & ſequuntur Menchac. *de Succeſſ. progreſ. §.* 25. *numer.* 50. *& ſeq.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 5 *numer.* 11. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 6. *num.* 7. *&* 21. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 13. *num.* 25. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 162. *num.* 15. *&* 17.

Idem dicendum, quando frater ſuperſtes repudiaret hæreditatem defuncti. Nam tunc etiam eſt locus ſubſtituto, ob rationem pro præcedenti limitatione aſsignatam, vt multis relatis DD. notant Mantica *d. tit.* 5. *num.* 13. Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 26. Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 8. & Fuſar. *d. q.* 162. *num.* 21. licèt aliqui refragentur, quos hi duo poſtremi referunt. 644

Notant præterea DD. locum non habere prædictam reſolutionem principalem, quando ſubſtitutus eſſet etiam de liberis teſtatoris, vt ſi ſit alius frater ipſorum impuberum; quia tunc ſubſtitutus non admittitur, eueniente tantùm conditione in perſona primi impuberis, quando qui ſupereſt, eſt perſona veroſimiliter magis teſtatori dilecta, quàm ſubſtitutus, vt conſtat ex fundamento reſolutionis principalis: in præſenti autem non ſupereſt talis perſona, cùm ſubſtitutus ſit etiam de liberis teſtatoris, & in pari gradu cum illo ſuperſtite, & ſic non præſumatur minùs dilectus, vt per *d. l. Hæredes mei, §.* 645

Cum

Cum ita, ff. Ad Trebel. vbi nepos ex fratre grauato ſubſtitutione Fideicommiſſaria non excludit neptem ex alio fratre ſubſtitutam. Ita ſentiunt Barth. *in d. §. Cum ita, num.* 3. *ad fin.* & ibi Raphael Alex. Socin. ſen. *num.* 10. & Ripa *num.* 113. Bald. *in d.l.pen. Cod. de Impuber. & al. ſubſtit.* & ibi Alex. & Salic. Mantica *d. tit.* 5. *num.* 14. pluresque alij quos citant, & ſequuntur Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 9. & Fuſar. *d. q.* 162. *num.* 23. eſtque communis ſententia, licèt aliqui apud proximè citatos contrariam teneant, quam humaniorem videri dicit Peregr. *d. art.* 13. *num.* 27.

646 Notat etiam Angel. *conſil.* 101. locum non eſſe prædictæ reſolutioni principali, quando teſtator duos filios impuberes in rebus certis inſtituiſſet, & extraneum hæredem feciſſet vniuerſalem, eundemque ipſis filijs pupillariter ſubſtituiſſet; quòd talis ſubſtitutus cenſeatur magis dilectus, quàm ipſi filij, & ſic non debeat excludi per ſuperſtitem. Contrarium tamen tenent Aretin. *in l. Quidam teſtamento, ff. de Vulgari* Socin. ſen. *in d. §. Cum ita,* & ibi Ripa *num.* 125. Anchar. *conſ.* 68. & alij quos citant, & ſequuntur Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 24. Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 11. & Fuſar. *d. q.* 162. *num.* 34. quæ ſententia eſt humanior, vt illam appellat Peregrin. & nobis etiam defendenda; quia licèt teſtator illum ſubſtitutum prædilexerit in ſua hæreditate, non tamen cenſetur eum prædilexiſſe in hæreditate ipſorum impuberum, ſed potiùs voluiſſe, ut inter illos conſeruaretur jus legitimæ ſucceſsionis, cùm in dubio potior ſit affectionis præſumptio pro filio, quàm pro extraneo.

647 Illud quoque notandum, ſi teſtator habuerit tres filios vtrinque conjunctos, duos impuberes, & vnum puberem, eoſdemque ſibi hæredes inſtituerit, & duobus impuberibus extraneum pupillariter ſubſtituerit, dubitari poſſe, an ſubſtitutus ſtatim admittatur altero illorum impuberum decedente? Qua in re æquiùs putat Ripa *in d. §. Cum ita,* non debere admitti ſubſtitutum, quia in hoc etiam caſu, ſaltem in parte, habet locum ratio conſeruandæ legitimę ſucceſsionis inter ipſos impuberes, & proprietas quoque ſermonis ſubſtitutum videtur excludere, cùm altero illorum impuberum ſuperſtite, non verificetur vniuerſaliter, quòd deceſſerint in pupillari ætate, prout ex proprietate talis indefinitæ neceſſarium erat: nam etiam indefinita æquiualet vniuerſali, quando concurrit præſumptio voluntatis. Nihilominus Mantica *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 5. *num.* 11. huic reſolutioni non acquieſcit, & meritò, quia ſola proprietas ſermonis in hujuſmodi caſibus non ſufficit ad excludendum ſubſtitutum, niſi etiam concurrat voluntatis conjectura, vt colligitur *ex d. l. pen. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* In præſenti autem potiùs videtur ſtare voluntas teſtatoris pro ſubſtituto extraneo, ſiquidem illum prętulit filio puberi in portionibus impuberum, vnde rectè conjicitur quòd illum etiam voluit pręferri impuberi ſuperſtiti, cùm non debeat præſumi fuiſſe hos filios inæqualiter à patre dilectos.

Admiſſo autem, quòd ſubſtitutus in prędicto euentu non ſuccedit ſtatim, primo impubere defuncto, ſed quòd ſuccedit impubes ſuperſtes, ob legitimam ſucceſsionem ei reſeruatam; dubiæ quęſtionis eſt, vtrùm talis impubes ſuccedat in tota hęreditate defuncti, excluſo fratre pubere: vel ſolùm ſuccedat in parte, & frater pubes in alia parte? Et ſi hoc poſteriùs admittatur, vtrùm decedente etiam poſtea ſecundo impubere in pupillari ætate, ſuccedat ſubſtitutus in tota hæreditate, tam ipſius ſecundi pupilli, quàm etiam primi, ita vt etiam illa portio, quæ per mortem primi deuenit ad fratrem puberem, ei reſtituenda ſit? Ad primam itaque hujus quęſtionis partem, ſeu ad primum quæſitum, placet reſolutio Torniellj, quem refert, & tandem reipsà ſequitur Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 28. qui ambo concludunt, quòd impubes ſuperſtes excludit fratrem à ſucceſsione defuncti: non conueniunt autem in aſsignando jure, quo eum excludat, Peregrin. enim 648

dicit,

Digitized by Google

dicit, quòd excludit illum jure ejuſdem reſeruatæ ſucceſsionis ſoli impuberi ſuperſtiti. Sed hoc non videtur ſatis fundatum; nam vel talis ſucceſsio reſeruaretur à lege; vel à teſtatore: non primum; quia per legem vterque frater eſt ſucceſſor ab inteſtato impuberis defuncti; non etiam ſecundum, quia teſtator ſolùm intelligitur reſeruare jus ſucceſsionis legitimæ (ideſt, quæ per legem competit) vt conſtat per *d. l. pen Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* legitima autem ſucceſsio ad vtrumque fratrem ſpectat: & ſic aliquid aliud aſsignari oportet, ex quo frater maior excludatur. Aliter ergo, & meliùs dicit Torniellus, quòd ille impubes excludit fratrem ex vi juris accreſcendi; quod licèt Peregrinus non videat quomodo hìc poſsit habere locum, mihi certè facilè probatur, & declaratur. Nam cùm teſtator in hæreditatibus filiorum impuberum prætulerit ſubſtitutum filio impuberi, ac ſubinde ſolùm in fauorem ipſorum impuberum legitimam ſucceſsionem reſeruauerit, profectò ſolùm impuberem ſuperſtitem admitti voluit ab inteſtato ad hæreditatem defuncti, non verò filium puberem: & ſic portio, quæ aliàs ſpectabit ad ipſum puberem, tanquam legitimum cohæredem impuberi ſuperſtitis, eidem impuberi accreſcit, per regulam juris accreſcendi inter cohæredes ab inteſtato: quare rectè dicitur, quòd ille impubes fratrem excludit ex vi juris accreſcendi: quod vtique non minùs habet locum in præſenti, quàm aliàs haberet ſi ipſe frater maior nollet eſſe hæres impuberis defuncti.

649 Ad ſecundam partem reſpondent aliqui negatiuè, negando ſcilicet portionem fratri puberi quæſitam reſtitui debere ſubſtituto ſuccedenti poſtea in hæreditate vtriuſque impuberis. Ita Alex. *conſ.* 175. *lib.* 5. & Ripa *in d. §. Cum ita, num.* 134. cum quibus tranſit Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 23. At oppoſitum videtur probabilius, quia alioquì nihil amplius haberet ſubſtitutus, quàm ſi tantùm impuberi vltimò decedenti facta eſſet ſubſtitutio: nam ſi portio, quæ ex primo decedente ad fratrem maiorem peruenit, ei non detur, ſolùm habebit hæreditatem ſecundi, cum qua ita commixta eſt altera portio hæreditatis fraternæ, quę ad ipſum ſecundum peruenit, vt non duę, ſed vna tantùm ſit hæreditas, *l. Sed ſi plures, §. Filio impuberi, ff. de Vulgari*: in qua hęreditate ſic aucta ſubſtitutus ſuccederet, etiamſi ſoli vltimo ſuccedenti ſubſtitutio eſſet facta, *l. Qui duos, ff. de Reb. dub.* Dicere autem quòd ſubſtitutus nihil amplius habere poteſt in caſu, de quo loquimur, eſt contra mentem, & verba teſtatoris, qui non vltimo morienti, ſed vtrique ſimpliciter & abſolutè ſubſtituit: ergo totam vtriuſque hæreditatem habere debet ſubſtitutus, & conſequenter ei debet reſtitui portio, quæ ad fratrem maiorem peruenit.

Denique omiſsis alijs, quæri hìc ſolet: 650
vtrùm quando cauſa pia eſt ſubſtituta, ſuccedat ſtatim, euueniente conditione in perſona impuberis primò decedentis? Reſpondent affirmatiuè Bald. *in cap. Si pater, col.* 18. *de Teſtam. in* 6. Socin. jun. *in d. §. Cum ita, col.* 10. & ibi Curt jun. *in Appoſtil ad Alex.* Ruin. *conſil.* 98. *num.* 23. *lib.* 2. *& conſil.* 180. *ſub num.* 9. *lib.* 2. Alex. *conſil.* 38. *col.* 2. *lib.* 1. *& conſil.* 92. *num.* 11. *lib.* 3. Bertrand. *conſil* 6. *num.* 2. *in nouis*, Curt. jun. *conſil.* 262. *dub.* 1. *numer.* 16. *& ſeq. lib.* 3. & alij apud Trentacinq. Peregrin. & Fuſar. *infra cit.* Mouentur, quia cauſa pia, cùm ſit in bonum animæ ipſius teſtatoris, cenſeri debet magis ei dilecta, quàm ipſi filij: ſubſtitutus autem pupillaris pluribus filijs datus, euueniente conditione in perſona primi decedentis, non excluditur à ſuperſtite, niſi quando ipſe ſuperſtes eſt perſona veroſimiliter magis dilecta, vt ex dictis conſtat.

Contrarium nihilominus tenent meritò Guilliel. de Cun. *in dict. l. penult. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Fulgoſ. *col. fin. verſ. Idem ſi in perſonam*, Zancus *in dict. §. Cum ita, numer.* 1104. *& ſeqq.* vbi teſtatur de communi, Ancharan. *conſil.* 390. *col.* 2. Ruin. *conſil.* 182. 651

col. fin. lib. 2. *& conſil.* 121. *numer.* 7. *lib.* 3. Corn. *conſil.* 31. *lib.* 1. *conſil.* 93. *& conſil.* 276. *lib.* 3. *& conſil.* 236. *dub.* 2. *lib.* 4. Caſtr. *conſil.* 86. *col.* 3. *lib.* 1. Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 11. *tit.* 5. *ſub numer.* 28. Emman. Coſta *in cap. Si pater,* 1. *p. ver. Si utrumque, num.* 6. *verſ. Mibi verò, de Teſtam in* 6. Peregrin *de Fideicommiſ. art.* 13. *n.* 51 *fine,* Trentac. *de Subſtit. p.* 2. *c.* 6. *ſub. num.* 25. Ruſticus *in l. Cum auus. lib.* 2. *c.* 2. *num.* 62. *ff. de Condit. & dem.* & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 162. *n.* 39. Probatur contraria ratione, quia amor, & pietas erga filios, cùm ſit qualitas, quæ ineſt per naturam, fortiorem inducit præſumptionem pro filijs, quàm affectio erga cauſam piam ſubſtitutam pro ipſa cauſa; quod vel inde apparet, quia teſtator inſtituendo filios in primo gradu, magis eos dilexit, quàm piam cauſam, quam ſolum in ſecundo gradu inſtituit. Confirmatur præterea hæc reſolutio ex cõmuniſsima DD. ſententia, quam relatis plurimis, tràdit Mantic. *lib.* 10. *de Conjectur. vlt. vol. tit.* 7. *num.* 3. quæ tenet, quòd quando teſtator grauauit filium vt hæreditatem reſtitueret alicui pio loco, intelligitur eum grauaſſe ſub tacita conditione, ſi ſine liberis decederet, juxta *d. l. Cum avus ff. de Condit. & demonſtr. & l. Cum acutiſſimi, C. de Fideicommiſ.* quod non alia ratione fundatur, niſi quia teſtator intelligitur magis dilexiſſe ſuam poſteritatem, quàm ipſam cauſam piam; & propterea non intendiſſe, huic relinquere hæreditatem, niſi decedente filio ſine liberis, quibus magis voluit proſpicere. Limitant autem hanc reſolutionem Zancus, & alij relati à Ruſtico *d. num.* 62. niſi ſubſtitutio eſſet facta pro malè ablatis; quæ limitatio mihi placet.

652 Quæ hactenus tradidimus procedunt, quando dato pupillari ſubſtituto pluribus impuberibus, conditio ſubſtitutionis euenit in perſona primi decedentis, quia ſcilicet deceſſit in pupillari ætate. Vnde non leuis ſupereſt dubitatio, ſi conditio ſolùm eueniat in perſona vltimò decedentis (quia videlicet primus deceſsit pubes, & ſolus vltimus deceſsit impubes) an in tali caſu admittendus ſit ſubſtitutus ad ſucceſsionem illius vltimi impuberis? Et ratio dubitandi pro parte negatiua eſt; quia ſubſtitutio eſt facta ſub conditione, ſi illi impuberes decederent in pupillari ætate, quæ conditio defecit, eo ipſo quòd primus deceſsit poſt pubertatem; cùm jam non ſit verum, quod deceſſerunt in pupillari ætate: maximè verò vrget hæc ratio, ſi ſubſtitutio illis facta eſt per nomen collectiuum, vt; *Si vterque*, vel, *ſi ambo deceſſerint in pupillari*, &c.

Nihilominus pars affirmatiua com- 653
munis eſt. Pro ea ſtant Barthol. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* & ibi Alex. Socin. ſen. *numer.* 21. dicens ita tenere omnes DD. Ripa *numer.* 127. qui teſtatur de communi, & Zancus *numer.* 945. Barthol. *in l. penult. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Alex. Bald. Salic. Paul. de Caſtr. Fulgoſ. Curtius jun. & alij, Alex. *conſil.* 101. *col.* 2. *verſ. Sextò & vltimò, lib.* 4. Corn. *conſil.* 183. *col. fin. verſ. Item ſi vnus, lib.* 1. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 5. *numer.* 15. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 2. *cap.* 6. *numer.* 12. Ceual. *Spec. commun. contra commun. quæſtion.* 615. & Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 162. *numer.* 44. Probatur per text. *in dict. §. Cum ita*, vbi cùm teſtator ſubſtituiſſet fideicommiſſariè neptem Claudiam duobus filijs à ſe inſtitutis, ſi deceſsiſſent ſine liberis, decedente primo cum liberis, & ſecundo ſine liberis, admiſſa fuit Claudia ex conjectura voluntatis ad ſucceſsionem ſecundi, in quo ſolo conditio impleta fuit. Ratio verò eſt, quia quando conditio Pupillaris ſubſtitutionis duobus impuberibus factæ impletur in perſona primi decedentis ante pubertatem, non excluditur ſubſtitutus ab illius ſucceſsione, niſi quia ſupereſt perſona veroſimiliter magis dilecta, nempe alter impubes,

Digitized by Google

bes, cui teſtator cenſetur reſeruaſſe legitimam ſucceſsionem, vt dicitur *in d. l. pen. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & conſtat ex ſupradictis: ſed quando cõditio impletur tantùm in perſona impuberis vltimo decedentis, non ſupereſt perſona quæ ſit veroſimiliter magis dilecta, quam ipſe ſubſtitutus: ergo tunc non excluditur ſubſtitutus, ſed admitti debet. Confirmatur, quia ſi repudiante impubere ſuperſtite, ſubſtitutus admittitur ad portionem primi defuncti in pupillari ætate, vt ſupra *num.* 644. concluſum eſt; à fortiori debet admitti ad portionem vltimi, cùm primus antea defunctus nullo modo ei poſsit ſuccedere.

654 Hæc reſolutio procedit facilè, quando ſubſtitutio facta eſt ſimpliciter duobus, aut pluribus impuberibus: quia tunc ex ipſa verborum proprietate facilè poteſt reſolui in ſingularitates, cùm reſpiciat plures effectus diuerſos, vt cum Barth. notauimus *num.* 641. juxta *l. Falſa, §. vltim. ff. de Condit. & demonſtr.* Quando autem facta eſt per nomen collectiuum, vt, *Si ambo deceſſerint in pupillari ætate*, &c. nonnihil habet difficultatis; cùm altero tantùm decedente in ætate pupillari; conditio planè deficiat, ſpectata proprietate ſermonis. Quamobrem in hoc caſu, non debere admitti ſubſtitutum tenent Socin. ſen. *in d. §. Cum ita*, & Trentacinq. ſup. *num.* 13. Nihilominus tamen, etiam in hoc caſu procedere prædictam communem reſolutionem, tenent meritò Ripa *in d. §. Cum ita, num.* 127. & ibi Zancus *num.* 944. Mantica *d. tit.* 5. *ſub num.* 16. Fuſar. *d. q.* 162. *num.* 45. & alij quos refert, quia licèt prima facie proprietas ſermonis videatur repugnare, tamen conjectura voluntatis ſtat pro ſubſtituto, vt conſtat ex dictis *num. præced.* Quod clarè confirmatur ex *d. §. Cum ita*, vbi cùm duo filij teſtatoris grauati eſſent fideicommiſſo vniuerſali ſub expreſſa conditione, *Si vterque ſine liberis decederet*, decedente ſolo vltimo abſque liberis admittitur Claudia fideicommiſſaria ex conjectura voluntatis, licèt primâ facie verba conditionis repugnarent, vt ibidem notatur.

Limitatur autem præfata communis 655 reſolutio, vt non procedat, ſi ille, qui priùs mortuus eſt, filios reliquit; tales enim filij ſubſtitutum excludunt à portione vltimi in pupillari ętate defuncti. Ita Barth. *in d. §. Cum ita*, & ibi Ripa, *num.* 128. qui dicit eſſe communem opinionem, Zanc. *num.* 927. & *num.* 1014. & *ſeqq.* vbi etiam teſtatur de communi, Barth. *in d. l. pen. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Salic. & Alex. *col. pen. in fine* Mantica dicens eſſe communem *d. tit.* 5. *ſub numer.* 16. *verſ. Fatendum*, Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 15. & Fuſar. *d. q.* 162. *num.* 48. licet aliqui contradicant, quos idem Fuſar. refert. Fundamentum eſt, quia hæc prǽſumitur fuiſſe mens teſtatoris, qui ſi cogitaſſet ita veroſimiliter diſpoſuiſſet; eoque magis huic conjecturæ ſtandum eſt, quo, ſpectata verborum proprietate, ſubſtitutionis conditio defeciſſe videtur. Confirmatur, nam ſicut ſubſtitutus excluditur à fratre defuncti ſuperſtite, *d. l. pen. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* ita in noſtro caſu debet excludi à liberis fratris defuncti, cùm in locum patris ſuccedant, *§. Cum filius, Inſt. de Hæred. ab inteſt. defer.* Intelligitur autem hæc limitatio, niſi ſubſtitutus eſſet de liberis teſtatoris; quia tunc non ſupereſſet perſona, quæ ex veroſimili mente illum excluderet, vt colligitur *ex d. §. Cum ita*, vbi liberi primi fratris defuncti, cùm eſſent in pari gradu, non excludunt à ſucceſsione ſecundi Claudiam ſubſtitutam, quæ erat neptis teſtatoris: ſic Ripa *ſub d. num.* 16. *verſ. Sed hæc opinio*, & cum alijs Fuſar. *d. q.* 162. *num.* 52.

Reſtat pro complemento totius 656 fermè ſuperioris doctrinæ, vt dicamus, quęnam perſona in præſenti materia cenſeatur teſtatori prædilecta; ita vt ex veroſimili mente teſtatoris ſubſtitutum excludat. Hac in re conueniunt DD. perſonam, quæ eſt ex liberis teſtatoris, præſumi magis dilectam, quàm ſubſtitutum extraneum, ſeu qui de liberis non ſit. Ita Barth *in d. §. Cum*

Cum ita, num 5. & ibi Alex. Socin. ſen. *num.*26. Ripa *num.* 132. & Zenc. *in* 8.*p. num* 230 vbi alios refert: idem tradunt multi alij, quos referunt, & ſequuntur Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 186. *num.*19. Trentac.*de Subſtit.p.*2.*cap.* 6.*num.*17. & Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.*13. *num.* 46. & conſtat ſatis argum. *d. l.Cum avus, ff.de Condit & demonſtr, & l. Cum acutiſsimi, Cod. de Fideicommiſ.* Hoc autem intelligitur regulariter, ac per ſe loquendo, nam ſi aliunde ſit conjectura voluntatis, & maioris affectionis erga ſubſtitutum extraneum, is erit liberis præferendus, vt conſtat ex dictis *n.* 646. *& ſeqq.* Idem dicendum eſſe in tranſuerſalibus teſtatoris, qui in ejus ſucceſsione ab inteſtato ſubſtitutum excluderent, exiſtimarunt aliqui, quos refert Menoch. *ſup. num.* 20. & Trentac. *ſub d. num.* 17. At oppoſitum tenet meritò idem Menoch. poſt multos alios, quos citant & ſequuntur Trentac. & Peregr. *loco cit.*quia in tranſuerſalibus jura non ſupplent, nec præſumunt plus dictum, & minùs ſcriptum, vt eſt communis traditio, pro qua plurimos refert Peregrin. *dict. numer* 46.

657 Alij docent, illam cenſeri perſonam prædilectam, quę in ſucceſsione inteſtati ſubſtitutum excluderet ab hæreditate defuncti, cui ſubſtitutio facta eſt: Ita Guil. de Cun. *in d. l. pen. Cod. de Impub. & alijs ſubſt.* Corn. *conſil.* 93. & 186. & 202.*lib.*3. *multiſque alijs in locis,* Alex. *conſil.*101.*lib.*4. Aymo *conſil.* 109. Caſtr. *conſil.*5.*lib.*1. Dec.*in d.l.pen num.*6. & ibi Curtius jun. *numer.*17. & alij. Cæterùm hoc debet intelligi, dummodo perſona illa ſit de liberis teſtatoris, vt rectè cum alijs tradit Trentac. *d. num.*17.& Peregr. *ſub d.num.*46. *verſ. Alij verò*, & conſtat ex proximè dictis *num.præced.* Quin etiam non ſufficiet quòd talis perſona ſit de liberis teſtatoris, niſi etiam ſit inſtituta, aut de liberis ipſius perſonę inſtitutæ, vt notant, & latiùs exponunt idem Trentacinq.*n.*18.& Peregr. *num.* 48. *& ſeq.* Si autem ſubſtitutus, & conjunctus ſuperſtites, eſſent in pari gradu cum defuncto, ita quod ei ſimul ſucceſſuri eſſent ab inteſtato; tunc ſubſtitutus illi conjuncto præferendus eſt, vt cum Barth. & Socin. aduertit Peregr. *d. art.*13. *ſub numer.* 46. *verſ. Alij verò*, per text. *in d* §.*Cum ita*, ſiquidem ibi, extante filio primi fratris defuncti, Claudia, quæ erat in pari gradu cum eo, illum ex ſubſtitutione excluſit à ſucceſsione ſecundi fratris: ex quo bene colligitur, quòd concurrentibus in pari gradu ſubſtituto, & conjuncto, vel deſcendente à conjuncto, ſubſtitutus præferendus eſt. Quòd ſecùs erit, ſi ſubſtitutus ſit extraneus, vel in gradu inferiori, vt relatis pluribus notant Emman. Coſta *in d.cap. Si pater*,1.*p.verb. Si vtrumque,numer.*4. *de Teſtament.in* 6.& Trentacinq. *d.num.* 18.

§. 13. *Vtrum ſubſtitutus pupillariter vltimo morienti ex impuberibus inſtitutis, ſuccedat in omnibus eorum bonis?*

SVMMARIVM.

*Subſtitutus pupillariter vltimo morienti ex duobus fratribus impuberibus ſuccedit tam in bonis vltimi, quàm etiam primi, quatenus ad vltimum peruenerunt, num.*658.

Si non appareat vter ex dictis impuberibus prior deceſſerit, vt cùm eodem naufragio perierunt, etiam in tali caſu ſubſtitutus ſuccedit in bonis vtriuſq; num. 659. *Qua ratione in hoc caſu hæreditas prædefuncti conjungatur cum hæreditate vltimi, à quo adita non eſt, ad hoc vt ſuccedens vltimo vtramque aſſequatur? num.*660.

Subſtitutio Fideicommiſſaria facta vltimo morienti eſt inutilis, ſi non apparet quis ex grauatis nouiſsimè obierit. Id verò limita, niſi ſubſtitutio eſſet facta in tota hæreditate teſtatoris reſtituenda per mortem grauati vltimò decedentis; num. 661.

Præ-

Præfata reſolutio principalis tradita numer. 659. Limitatur, ut non procedat, quando illi impuberes non eſſent utrimque conjuncti, ſed tantùm fratres conſanguinei, & mater unius, nempe junioris, eſſet in medio, num 662. Idemque eſt quando eſſet in medio frater utrimque conjunctus alicui illorum impuberum, eod. num. 662. fine.

Etiam quando dicti impuberes eſſent utrimque conjuncti, ſi mater, vel alius frater ſit in medio, non poteſt ſubſtitutus ex dicta Pupillari ultimo decedenti facta ſuccedere adæquatè in hæreditate utriuſque, dum non apparet quis ultimò deceſſerit. Et utrùm ſaltem ſuccedat inadæquatè, ideſt, detractâ tantùm portione, quam mater, vel ille alius frater habet in ſucceſſione primò decedentis? num. 663. & ſeq.

Quando illi impuberes eſſent tantùm cōſanguinei, & mater junioris eſſet in medio, certum eſt quòd admitti debet ſubſtitutus ad hæreditatem ſenioris, non obſtante dicta incertitudine circa eorum mortem. Et quid ſi eſſet in medio frater utrimquè conjunctus alteri illorum impuberum? num. 665.

Excluditur quædam objectio contra ſuperiùs dicta, pro caſibus, quibus mater, vel frater in medio exiſterent, numer. 666.

658 SEnſus quæſtionis eſt, vtrùm talis ſubſtitutus ſuccedat tam in portione vltimi, quàm etiam primi, quatenus ad vltimum pervenit; & reſpondetur affirmativè, per tex. *in l. Qui duos ff. de Vulgari, & in l. Qui duos in princ. ff. de Reb. dub.* vbi Barth. *numer.* 17. & alij communiter; quod etiam tradunt Peregrin. *de fideicommiſ. art.* 13. *numer.* 12. *& numer.* 28. *ad medium,* Trentac. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 6. *ſub num.* 35. *verſ. In ſecundo caſu,* Menchaca *de Succeſ. progreſ.* §. 25. *num.* 70. 76. *& ſeq.* & Fuſar. *de Subſtit. q.* 163. *num.* 1. Ratio eſt, quia in ſubſtitutione Pupillari, cùm ſit teſtamentum ipſius pupilli, veniunt omnia ejus bona, vndecumque illa quæſierit, *l. Sed ſi ſi plures, §. Ad ſubſtitutos, ff. de Vulgari, & §. Non ſolum, Inſt. de Pupillari,* & diximus ſupra, §. 11. *numer.* 610. *& ſeqq.*

Sed quid, ſi non appareat, vter fuerit 659
ſuperſtes & vltimò deceſſerit, vt quia eodem naufragio, vel eadem ruinâ domus, interierẽ? Reſpondetur etiam tunc ſubſtitutum ſuccedere in portione, ſeu hæreditate vtriuſque, vt conſtat per *l. Ex duobus, in princip. & d. l. Qui duos, ff. de Vulgari, & l. Qui duos, in princ ff. de Reb. dub.* in quibus textibus habetur, quod intereuntibus ſimul impuberibus, quorũ vltimo morienti Pupillaris ſubſtitutio facta eſt, admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem vtriuſque. Et ita docet Barth. *in d. l. Qui duos, in princip. ff. de Reb. dubijs,* cæterique omnes. Ratio verò eſt, quia vel illi impuberes eodem temporis momento reipsà extincti ſunt (quod quidem vix, aut nunquam continget, etiamſi eodem fulminis, aut bombardæ ictu percuſsi eſſent) vel reverà vnus poſt alium obijt, neſcitur autem vter priùs, aut poſteriùs extinctus ſit: ſi eodem momento, cùm neuter fuerit alteri ſuperſtes, de vtroque verificatur, quòd vltimus mortuus ſit, quatenus rectè dicitur vltimus, poſtquam non ſupereſt alter: & ſic in vtroque habet locum dicta ſubſtitutio; quæ ratio in prædictis textibus redditur: juxta quam, ſi vnicum habens filium vltimo morienti ſubſtituerit, non videbitur inutiliter ſubſtituiſſe, vt dicitur *in d. l. Qui duos, in princip. ff. de Reb. dub.* Si autem poſt alterum obijt, vt ſemper præſumendum eſt, licèt tunc neſciatur, vter obierit poſteriùs, attamen quicumque ille fuerit certum eſt, quòd fuit legitimus ſucceſſor prædefuncti, & ſic vtriuſque hæreditas ad ſucceſſorem, ſeu ſubſtitutum vltimo morienti datum ſpectare debet.

Dices, hanc rationem ſolùm procede- 660
re, quãdo in hæreditate vltimi decedẽtis reperitur hæreditas primi; in præſenti autem hæreditatẽ primi non perveniſſe ad vl-

Google

vltimum, & conſequenter non reperiri in hæreditate ipſius vltimi; nam hæreditas fratris non adita non tranſmittitur, *l. Quoniam ſororem, Cod. de Iure deliber.* quando autem fratres impuberes ita confuſè extinguuntur, vt neſciatur vter poſteriùs obierit, (vt quando eodem naufragio, vel ſimili caſu perierunt) hæreditas præmortui non fuit adita, nec moraliter adiri potuit à ſuperſtite, vt patet. Ponit hanc objectionem Iacob de Aretin. quem refert Barth. *in d. l. Qui duos, in princip. num. 5. ff. de Reb. dub.* & reſpondet, quòd in hujuſmodi caſu ſubſtitutus, ſeu hæres vltimi decedentis habebit hæreditatem primi beneficio reſtitutionis in integrum ex perſona ipſius vltimi, argum. *l. Pantonius, ff. de Acquir. hæred.* quam reſponſionem approbat, & declarat idem Barth. ibid. quem vide. Dici etiam poteſt cum Trentacinq. *d. verſ. In ſecundo caſu*, & ad mentem ejuſdem Barthol. *loc. citat. num. 4.* Quòd pater ſubſtituendo pupillariter vltimo morienti, voluit conſeruari inter ipſos impuberes jus legitimæ ſucceſsionis, & conſequenter ſuppoſuit quòd in hæreditate vltimi reperiretur hæreditas primi, vt ordinariè contingit: vnde intelligitur, quòd voluit vt hæreditas vtriuſque deueniret tandem ad ſubſtitutum per mortem vltimi, proindeque ſiue eodem momento, ſiue vnus poſt alium confuſè extincti ſint, & neſciatur vter poſteriùs obierit, ſemper ſubſtitutus ad hæreditatem vtriuſque admittendus ſit, cùm pro ſe habeat voluntatem teſtatoris.

661 Opponeſ præterea, ſubſtitutio Fideicommiſſaria facta vltimo morienti, eſt inutilis, ſi non apparet, vter ex hæredibus grauatis nouiſsimè obierit, *l. Eum qui nouiſsimus, ff. Ad Trebel.* ergo idem dicendum in Pupillari. Reſpondetur negando conſequentiam: diuerſam rationem aſsignat Barth. *vbi ſupra, num. 3.* quia in hæreditate vltimi decedentis grauati per Fideicommiſſariam non reperitur hæreditas primi, vnde non eſt præſumptio, quòd teſtator voluerit vtrique ſubſtituere, ſicut quando ſubſtituit pupillariter vltimo decedenti, vt proximè *n. præcedenti* declaratum eſt: & ideo niſi ſubſtitutus oſtendat, quis nouiſsimus obierit ad fideicommiſſum non admittitur, vt habetur *in d. l. Eum qui nouiſsimus.* Aliam bonam rationem diuerſam reddit Trentac. *d. verſ. In ſecundo caſu*, quia quando ex duobus inſtitutis vltimus decedens fuit grauatus reſtituere hæreditatem, & non apparet qui vltimò deceſſerit, fieret præjudicium eorum hæredibus ab inteſtato, vel ex teſtamento, ſi vtriuſque, vel alterius portio reſtitueretur fideicommiſſario: nam ſi dicas, quod ſaltem portio ſenioris reſtitui debet, fortè junior deceſsit poſterior, & ſic fiet præjudicium hæredibus ſenioris; qui abſque ratione privabuntur illius portione, dum non conſtat eam debuiſſe reſtitui fideicommiſſario: & idem eſt, ſi dicas reſtituendam eſſe portionem junioris. Propter hujuſmodi autem præjudicium, quando incertum eſt, quæ portio, vel quę res fuerit alicui relicta, tale relictum vitiatur, nec jus admittit, quòd præſumatur hanc potiùs, vel illam, & multò minus vtramque fuiſſe relictam, vt per *d. l. Eum qui nouiſsimus.* In noſtro autem caſu tale præjudicium non ſequitur, cùm rectè intelligatur, quòd voluntas teſtatoris fuerit, vt ad vtriuſque impuberis portionem ſubſtitutus admitteretur, licèt vltimo tãtum morienti ſubſtituerit, vt ex dictis conſtat. Vnde etiam in ſubſtitutione Fideicommiſſaria, ſi conſtet quòd fuit facta in tota hęreditate teſtatoris reſtituenda per mortem grauati qui vltimus decederet, nihil obſtabit incertitudo talis ultimi, quominus ſubſtitutus admittendus ſit, vt notat Trentacinq. *loc. cit.* & Peregrin. *d. art. 13. num. 9.* & relatis pluribus Fuſar. *de Subſtit. q. 128. numero. 1. & q. 474. num. 99.*

Si autem dicti impuberes non eſſent 662
vtrimque conjuncti, ſed fratres tantùm conſaguinei, & mater unius, nempe junioris, èxtaret in medio, tunc non procederet præfata reſolutio principalis tradita *num 659.* vt attigit Peregrin. *de Fideicommiſ. art. 13. num. 12.* & Fuſar. *d.*

Digitized by Google

d. q. 128. *num.* 5. videturque ab omnibus ſupponi quia in tali caſu incertū eſt, quod hæreditas primi decedentis deueniſſet ad ſuperſtitem, cui vltimo decedenti ſubſtitutio facta eſt; quia fortè junior impubes deceſſit priùs, in quo caſu ejus hæreditas ſpectat ad ſolam matrem, juxta *Auth. Defuncto, C. Ad Tertul.* ex qua hodie mater à ſucceſſione filij in totum excludit ejus fratres tantùm conſanguineos. Vnde ſi nihilominus ſubſtitutus admitteretur ad portionem vtriuſque impuberis; præſumeretur in præjudicium matris filium ejus poſteriùs deceſiſſe, in quo caſu ad illum etiam ſpectaret hæreditas primi decedentis, & ſubſtitutus ſuccederet in hæreditate vtriuſque, excluſa illius matre, virtute Pupillaris expreſſæ vltimo decedenti factæ, cùm hæc matrem pupilli excludat, vt ſæpius dictum eſt, & infra magis declarabitur: talis autem præſumptio cum præjudicio alterius per leges non admittitur, & ipſa incertitudo relictum vitiat, vt conſtat ex dictis *num. præced.* ad *d. l. Eum qui nouiſsimus, ff. Ad Trebel.* idem dicendum, quando eſſet in medio frater vtrimque cōjunctus alicui illorum impuberum, nam etiam talis frater excludit fratrem conſanguineum tantùm à ſucceſsione ſibi vtrimque conjuncti, *Auth. Ceſſante. C. de legitim. hæred. §. Si igitur defunctus, Auth. de hæredib. ab inteſt. §. Quia igitur, Auth. de Conſanguineis, & vterinis fratr. & Auth. Itaque, C. Communia de ſucceſsionibus*, & ſic eſt idem, atque quando mater eſt in medio.

663 Addendum præterea, quod etiam quando dicti impuberes eſſent vtrimque conjuncti, non procederet prædicta reſolutio, ſi extaret in medio eorum mater, vel alius frater ipſis ſimiliter conjunctus, vt notauit Barth. *in d. l. Qui duos, in princ. n. 3. ff. de Reb. dub.* & cum alijs Fuſar. *d. q. 128. num. 4.* quia in tali caſu tam mater, quàm ille alius frater concurrit in ſucceſsione impuberis primò decedentis cum altero, qui nouiſsimus obijt: nam cùm teſtator ſubſtituerit vltimò decedēti, non eſt dubium quòd jus ſucceſsionum ab inteſtato conſeruatur in morte primi decedentis, *l. Vel in ſingulis, ff. de Vulgari*; & ſic quod tam ejus mater, quā fratres vtrimque conjuncti in illius ſucceſſione concurrunt, juxta *d. Auth. defuncto C. Ad Tertul.* vt poſt Barth. *ſup.* & alios notauit etiam Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 28. *ad med.* Vnde in hæreditate vltimi decedentis non reperiretur tota hæreditas primi; ac proinde non poteſt ſubſtitutus ex dicta ſubſtitutione vltimo decedenti facta ſuccedere adæquatè in hæreditate vtriuſque. Vtrùm autem ſuccedat inadæquatè, ideſt, detractā tantùm portione, quam mater, vel ille alius frater habet in ſucceſsione primi decedentis? Negant Barth. *vbi ſupra, num.* 16. & alij quos refert Fuſar. *d. q.* 128. *num.* 4. & videntur fundari in eo, quòd cùm non appareat, quis illorum impuberum deceſſerit primus, aut nouiſsimus, incertum eſt, cujuſnam portio debeatur integrè, vel pro parte, ex ſubſtitutione vltimo decedenti facta: nam ſi reuerà junior talium impuberum deceſsit vltimus, integra ejus hæreditas deberetur ſubſtituto, & ſimul quædam portio hæreditatis ſenioris primò decedentis, quæ ad ipſum juniorem ab inteſtato deuenit: & econtra, ſi ſenior vltimò deceſsit, deberetur ſubſtituto tota ejus hęreditas, & ſimul portio hæreditatis junioris, quæ ad ipſum ſeniorem ſpectauit: ſiquidem altera portio primi decedentis pertinet ad matrem, vel illum alium fratrem in medio exiſtentem. Igitur cùm incertum ſit, vter eorum impuberum deceſſerit vltimus, junior ne, an ſenior, incertum conſequenter eſt, cujuſnam tota hæreditas, & cujus pars hæreditatis debeatur ſubſtituto ex dicta ſubſtitutione: talis autem incertitudo, cùm refundatur in rem à teſtatore relictam, vitiat totum ipſum relictum, vt nihil ex eo debeatur, vt probat *d. l. Eum qui nouiſsimus, ff. Ad Trebel.* & conſtat ex ſupradictis *num.* 661.

Sed quamquam hoc ita videatur eſſe 664
de rigore juris, placet tamen temperamentum, quòd ſubdubitando conſiderauit Fuſar. *d. q.* 128. *num.* 5. poſt Menchac.

Google

de Succeſſ. progreſſ. §. 25. in fine, vt ſcilicet præfata reſolutio procedat, quando hæreditates illorum impuberum eſſēt inæquales: ſecus autem ſi eſſent æquales; quia in hoc ſecundo caſu, prædicta incertitudo non variat emolumentum portionis, quæ in hæreditate primi decedentis ſpectat ad matrem, vel fratrem in medio exiſtentem, cùm ſiue hic, ſiue ille deceſſerit primus, tantundem habitura ſit mater, vel ille alius frater, concurrendo in ſucceſsione vnius, atque in ſucceſsione alterius, vt per ſe liquet. Maximè verò procedet hoc temperamentum, ſi inter illos impuberes nondum eſſet facta diuiſio bonorum hæreditariorum.

665 Loquendo autem in caſu propoſito *num.* 662. quando ſcilicet dicti impuberes, eſſet fratres tantùm conſanguinei, & mater iunioris extaret in medio tunc mihi dubium non eſt, admittendum eſſe ſubſtitutum ad hæreditatem ſenioris, nō obſtante dicta incertitudine circa eorum mortem: quia ſiue ponamus, quòd ſenior deceſsit primus, ſiue quòd deceſsit poſtremus, nunquam ejus hæreditas ſpectat ad matrem junioris: nam ſi ſenior primus deceſſit, deuenit ejus hæreditas ab inteſtato ad juniorem; & tunc vtraque pertinet ad ſubſtitutum, cùm hæreditas primi reperiatur in hæreditate ipſius junioris, cujus mater in tali caſu excluſa eſt per ipſam Pupillarem expreſſam vltimo decedenti factam: ſi autem deceſsit poſtremus, licèt dicta mater eum excluſerit ab hæreditate junioris, *d. Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* per hanc excluſionem ſolùm efficitur, vt hæreditas ipſius junioris non reperiatur in hæreditate ſenioris, non autem quòd hæreditas ejuſdem ſenioris non pertineat ad ſubſtitutū, qui vltimo decedenti datus eſt: & ſic ſemper manet certum, quòd hæreditas ſenioris ſpectat ad ſubſtitutum, & ſolùm propter incertitudinem, vter priùs deceſſerit, manet dubium an hæreditas junioris pertineat ad matrem, vel ad ſubſtitutum; in quo dubio non præſumitur eum deceſsiſſe vltimum, ne matri præjudicetur in ejus hæreditate, ſi fortè deceſſit primus. Ergo non eſt cur ſubſtitutus non debeat admitti ad hæreditatem ſenioris, cùm per hoc nulli fiat præjudicium, etiam in jure dubio. Atque idem dicendum eſt, quando eſſet in medio frater vtrimque cōjunctus alteri illorum impuberum; niſi fortè ſimul extarent in medio mater junioris, & frater vtrinque conjūctus ſeniori, nam tunc vtriuſque præjudicium, quanuis in jure dubio, obſtaret ne ſubſtitutus vlli eorum impuberum in totum, aut ex parte ſuccederet.

666 Video poſſe hìc conſiderari, quòd imò in nullo ex prędictis caſibus mater, vel frater in medio exiſtens excludit in totum, vel ex parte ſubſtitutum à ſucceſsione illorum impuberum, quantumuis nō conſtet, vter priùs deceſſerit; nam mens teſtatoris fuit vt ſubſtitutus ſuccederet quaſi vtrique ſubſtitutus: ſuccedens autem ex Pupillari expreſſa, qualis eſt de qua loquimur, excludit matrem pupilli, & à fortiori fratres. Ita quidem exiſtimarunt aliqui, quos tacito nomine refert Barth. *in d. l. Qui duos, in princip. num. 16. ff. de Reb. dub.* Eos tamen bene refellit idem Barth. ibi: quia cùm in præſenti caſu Pupillaris ſubſtitutio facta ſit ei, qui vltimò decederet; in vno tantùm debet verificari, juxta naturam illius pronominis, *qui*, diſtributiuè poſiti, vt per *l. Si fuerit in princip. ff. de Reb. dub.* & ſic nō cenſetur illa ſubſtitutio facta vtrique, ſed vltimo tantùm decedenti; proindeque non poteſt ex ea excludi mater, vel frater in medio exiſtens, quaſi vtrique impuberi facta eſſet: neque ſubſtitutus intelligitur vtrique ſubſtitutus, licèt quando non exiſtit in medio perſona, quæ aliqua ratione illum excludat perinde ſuccedat, ac ſi vtriq; fuiſſet ſubſtitutus.

(:)

§. 14. *Quan-*

§. 14. *Quando plures ſunt pupillariter ſubſtituti, ex quibus partibus ſuccedant? & ſi ſint fratres impuberis, quidam utrimque, quidam verò ex parte ſolius matris ei conjuncti, an utrimque conjuncti præferantur?*

SUMMRAIUM.

Quando plures pupillariter ſubſtituti non fuerunt inſtituti, ſuccedũt pupillo pro partibus æqualibus, ſi teſtator nullis aſsignatis partibus, vel non aſſignatis inæqualibus, eos ſubſtituit. num. 667.

Quando plures pupillariter ſubſtituti etiam fuerunt inſtituti, intelliguntur ſubſtituti, & ſuccedunt pro eiſdem partibus ex quibus fuerunt inſtituti; num. 668.

Subſtitutio dubia recipit ſenſum, & interpretationem ex præcedenti inſtitutione ipſius ſubſtituti: ibid.

Pro ea parte quiſquis ſubſtitutorum cenſetur vocatus ex ſubſtitutione, pro qua fuerit hæres teſtatoris, nulla habita cõſideratione, utrùm jure inſtitutionis, an per jus accreſcendi, ex maiori parte hæres factus ſit: ſecùs verò, ſi eâ tãtùm de causâ plus haberet ex hæreditate teſtatoris, quòd ultra portionẽ in qua fuit inſtitutus, haberet etiã portionem conjuncti ex ſucceſſione ab inteſtato; numer. 669.

Si pater habens quatuor filios impuberes ex duabus uxoribus, duos ex prima, & duos ex ſecunda, eos omnes inſtituat, & adinuicem ſubſtituat, quæſtio eſt utrùm decedente uno, ei ſuccedant ex Pupillari reliqui omnes, an præferatur frater ei utrimque conjunctus? Prima ſententia tenet hoc ſecundum; num. 670. Secunda, & longè verior tenet primum; num. 671. Fundamenta primæ ſententiæ ſoluuntur; num. 672.

In prima quæſtione duo caſus diſtinguendi ſunt. Primus eſt quando ſubſtituti non fuerunt inſtituti, vt ſi teſtator inſtituit tantùm filium impuberem, quem vnicum habebat, & illi pupillariter ſubſtituit duos, aut plures conſobrinos. Et in hoc caſu certa regula eſt, quòd tales ſubſtituti ſuccedunt pro partibus æqualibus, ſi teſtator nullis aſsignatis partibus, aut non aſsignatis inæqualibus, eos ſubſtituit. Ita ſumitur *ex l. Quoties §. Hæredes, ff. de Hæred. inſtit. & ex §. Sed ſi plures, Inſt. eod. tit.* vbi hoc decernitur, quando plures ſunt inſtituti: eadem autem eſt ratio in ſubſtitutis. Vnde pro vtriſque dictam regulam ſtatuit, relatis alijs Fuſar. *de Subſtit q.* 47. *num.* 1. apud quem multas ejus ampliationes, & limitationes videre poteris; quas hìc omittimùs, quia ſpectant potiùs ad ſubſtitutionem Fideicommiſſariam. 667

668 Alius caſus eſt, quando ſubſtituti fuerunt etiam inſtituti ab eodem teſtatore, vt quando pater habens vnum filium impuberem, & alios puberes, omnes inſtituit hæredes, & impuberi ſubſtituit pupillariter puberes. In hoc caſu reſolutio eſt, ſubſtitutos intelligi, & ſuccedere pro eiſdem partibus, ex quibus fuerunt inſtituti. Ita in ſpecie Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 5. *tit.* 10. *num.* 1. Fundamentum eſt, quia ſubſtitutio recipit ſenſum, & intellectum ex præcedenti inſtitutione, *l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. §. Subſtituitur. Inſt. de Pupillari, & l. Si plures, ff. de Vulgari.* Vnde generaliter receptum eſt, dubiam ſubſtitutionem declarari ex præcedenti inſtitutione, vt quemadmodum quis fuit dilectus in primo gradu, ſic intelligatur dilectus in ſecundo, & vlteriori: quocirca partes adjectæ in inſtitutione cenſentur repetitæ in ſubſtitutione, *d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* §. *Et ſi ex diſparibus, Inſtit. de Vulgari, cum ſimil.* Et dilectio, quæ fuit in gradu inſtitutorum, præſumitur repetita in ſubſtitutis, tam directò, quàm per obliquam, *l. Quoties ff. Ad Trebel. l. Si pater, l. Qui liberis, §. vlt.*

vltim. ff. de Vulgari, prout hæc omnia cum multis alijs ad præſens inſtitutum tradit idem Mantica *d. lib. 5. tit. 1. num.* 20. vbi plures DD. refert, *d. tit. 10. num.* 1. Nota vero hanc reſolutionem procedere, quando ſubſtituti vocati ſunt nominibus appellatiuis, vt ſi teſtator dixit; *Quiſquis mihi hæres erit, filio meo impuberi hæres eſto.* In quo caſu loquitur Mantic. *ſupra.* Si autem vocati ſunt nominibus proprijs, vt; *Seium, Titium, & Caium filio meo impuberi ſubſtituo*: tunc pro partibus æqualibus vocati cenſentur, etiam ſi eſſent inſtituti in partibus inæqualibus, vt in materia Reciprocæ oſtendemus *ſect. 5. §. 8.* vbi rem hanc vberiùs pluribus adhibitis moderationibus, explicabimus.

669 Nota præterea, ſi vni ex tribus, aut pluribus inſtitutis accreſcat portio alicujus ſuorum cohæredum, prout eueniet quando duo eorum fuiſſent inſtituti conjunctim, & vnus horum conjunctorum hæres non extitiſſet, vt quia repudiauit, vel deceſſit viuo teſtatore (tunc enim tota ejus portio accreſcit alteri conjuncto, *l. vnica, §. His ita, Cod. de Caduc. tol.*) ſanè in tali caſu iſte inſtitutus, non pro ea tantùm parte, ex qua fuit hæres ſcriptus, ſed etiam pro ea quam habuit ex jure accreſcendi, ſuccedet ex ſubſtitutione qua omnes alicui ſubſtituti fuerint, ita vt pro ea parte quiſque cenſeatur vocatus ex ſubſtitutione, pro qua fuerit hæres teſtatoris, nullâ habita conſideratione, vtrùm jure inſtitutionis, an verò per jus accreſcendi, ex maiori parte hęres factus ſit, ad hoc vt ex maiori etiam parte debeat ſuccedere ex ſubſtitutione. Sic habetur *in l. Si teſtamento, ff. de Vulgari*, vbi licèt ſit ſermo de ſubſtitutis per Vulgarem; attamen eadem eſt ratio in pupillaribus. Et ita ſentit Mantica *d. tit. 10. in fine.* Secus dicendum ſi ille inſtitutus plus haberet ex hæreditate teſtatoris, eo quod vltra portionem, in qua fuit inſtitutus, haberet etiam portionem conjuncti ex ſucceſsione ab inteſtato, vt in caſu quo conjunctus eſſet ejus frater ex vtroque latere, non verò aliorum inſtitutorum, & deceſsiſſet inteſtatus poſt aditam hæreditatem paternam: tunc enim ſolùm pro parte, quam talis inſtitutus haberet jure inſtitutionis, vocatus cenſeretur ex dicta ſubſtitutione, nulla habita ratione portionis, quam ab inteſtato haberet ex perſona fratris, vt bene docet idem Mantica per *l. Sed ſi plures, in primo reſponſo*, ibi: *Nec quidquam*, &c. *& l. Qui liberis, in fine, ff. de Vulgari.* Quod etiam videtur docere Bald. *in d. l. Si in teſtamento, in fine.*

Alia quęſtio proponitur pro caſu, quo 670
pater habens v.c. quatuor filios impuberes ex diuerſis vxoribus, duos ex prima, & duos ex ſecunda, eos omnes inſtituit, & adinuicem ſubſtituit: & dubitatur, vtrùm decedente vno, ei ſuccedant ex Pupillari reliqui omnes, an præferatur frater ei vtrinque conjunctus? Qua in re duplex eſt ſententia. Prima tenet præferri vtrimque conjunctum. Hanc ſequũtur Dynus *in l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, ff. de Vulgari* Barth. *in l. Re conjuncti, num. 62. in fine, ff. de Leg. 3.* Ruin. *conſil. 165. num. 6. & infra. lib. 2.* Curt. jun. *conſil. 125. num. 3.* qui teſtatur eſſe communem, Trentacinq. *de Subſtit. p. 5. cap. 9. ſub num. 6. verſ. Ex prædictis*, & alij apud Mantic. & Menoch. *infra cit.* Probant primò, quia in ſucceſsione ex Pupillari ſpectanda eſt affectio ipſius pupilli; cùm ei ex hac ſubſtitutione ſuccedatur, *l. Sed ſi plures, §. Ad ſubſtitutos, ff. de Vulgari, Inſt. de Pupillari, paulò poſt princip.* pupillus autem maiorem affectionem habere præſumitur erga fratrem ſibi vtrinque conjunctum, quàm erga conſanguineos tantùm: ergo in tali ſucceſsione vtrinque conjunctus præferri debet. Secundò, quia teſtator præſumitur voluiſſe ſe conformare cum diſpoſitione juris, vt vulgò receptum eſt, ſecundùm Barth. & alios DD. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* De jure autem communi in ſucceſsione fratris ab inteſtato, præferuntur fratres qui vtrinque illi ſunt conjuncti. *Auth. Itaque, Cod. Communia de ſucceſſ. Auth. Ceſſante, Cod. de Legitim. hæred.*

Se-

671 Secunda ſententia longè verior tenet, omnes æqualiter ſuccedere ex illa Pupillari. Ita ſentiunt Aret. *in l. Lucius, in fine, ff. de Vulgari*, & ibi Iaſ. *in fine*, & Ripa etiam, *in fine*, idem Ripa *in d.l. Re conjuncti, num.* 215. *ff. de Leg.* 3. & ibi Crot. *num.* 138. Alciat. *in d. l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, num.* 5. *& d. l. Lucius, in fine*, Couar. *Pract. qq. cap.* 38. *num.* 2. *verſ. Poſteriorem, in fine*, & plures alij, quos citant & ſequuntur Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 13. fere per tot. & Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 75. *num.* 13. Fundamentum eſt, quia in interpretanda ſubſtitutione Pupillari inſpici debet affectio teſtatoris, non pupilli; nam licèt ſucceſsio ſit pupilli, tamen ordinatio, ſeu diſpoſitio eſt patris teſtatoris, non quemadmodum vult filius, cùm pupillus non habeat velle, ſed quemadmodum ipſe pater vult, cui lex concedit ſupremam ordinationem pupillaris teſtamenti: pater autem æqualem affectionem intelligitur habere ad omnes filios, quamuis ex diuerſis vxoribus ſint progeniti: ergo cùm omnes ſubſtituerit, ex partibus æqualibus ſubſtituiſſe cenſendus eſt, & ſic omnes æqualiter ſuccedent. Confirmatur, quia pater, vt ſupponimus, omnes dictos filios æqualiter dilexit in inſtitutione. Ergo æqualiter etiam cenſendus eſt dilexiſſe in ſubſtitutione: cùm hæc per inſtitutionem declaretur, & interpretationem accipiat, vt *num* 668. oſtenſum eſt.

672 Ex his patet reſponſio ad motiua prioris ſententiæ. Ad primum negatur ſpectandam hìc eſſe affectionem pupilli: conſtat namque ſolam affectionem teſtatoris inſpici debere; id quod pluribus argumentis confirmat Mantica *ſupra, numer.* 5. *& 6.* Ad ſecundum reſpondetur, quod tunc haberet locum illa præſumptio, volendi ſe cõformare cum diſpoſitione iuris, quando non obſtaret alia vrgentior ducta ab æquali affectione, & dilectione teſtatoris erga omnes filios, vt in præſenti obſtat.

(?)

§. 15. *De tertio effectu Pupillaris ſubſtitutionis, qui eſt excludere matrem pupilli ab ejus ſucceſsione, & ſimiliter alios ejus aſcendentes.*

SUMMARIUM.

Per Pupillarem expreſſam excluditur mater pupilli ab ejus ſucceſsione; idemque eſt de alijs pupilli aſcendentibus, num. 673. *Vtrùm excludatur etiam à legitima, quæ aliàs ei debetur ex bonis filij? Pars negatiua quibus fundamentis, quaque auctoritate nitatur, & quomodo intelligenda ſit? num.* 674. *& ſeq. Pars affirmatiua communiter defenditur, & quibus fundamentis? num.* 676. *& ſeqq. Soluuntur fundamenta partis negatiuæ.*

Si filius patrem præterea in teſtamento de Caſtrenſi peculio, non competit patri querela aduerſùs tale teſtamentum, ſed ſolùm poteſt petere legitimam ſibi debitam, juxta l. fin. Cod. de Inoffic. teſt. *num.* 677.

Vtrùm prædicta communis ſententia, quòd per Pupillarem excluditur mater pupilli etiam à legitima, procedat in foro conſcientiæ? Negant aliqui. Alij verò meliùs affirmant, numer. 681. *& ſeq.*

Quando mater pupilli eſſet adeo inops, vt non haberet vnde ali poſſet, cogetur pupillariter ſubſtitutus ei præſtare legitimam ex bonis pupilli, vel alimenta, num. 683.

Quæ dicta ſunt circa excluſionem matris per Pupillarem, procedunt ſimiliter reſpectu aliorum aſcendentium ipſius pupilli, num. 684.

Si auus ex filio emancipatò nepotem retineat in poteſtate, eique pupillariter ſubſtituat extraneum, an per talem ſubſtitutionem ipſe pater pupilli ab ejus ſucceſsione excludatur? numer. 685.

Ter-

673 Tertius effectus Pupillaris ſubſtitutionis eſt exeludere matrem pupilli, & alios aſcendentes ab illius ſucceſsione, ſi ipſa ſubſtitutio ſit expreſſa. Hæc eſt communis omnium ſententia per *l. Papinianus, §. Sed nec impuberis, ff. de Inoffic. teſtam. l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. & ſimil.* & per jus Canonicum *in cap.* 1. *in fine, de Teſtam. in* 6. & procedit, ſiue talis ſubſtitutio ſit expreſſa verbis formalibus & ſpecificis, ſiue ſolùm verbis generalibus: & ſiue ſubſtitutus ſit alius filius, ſiue aliquis omnino extraneus: item ſiue ipſa ſubſtitutio ſit omnino expreſſa, ſiue partim tacita, & partim expreſſa quoad caſus, vt cum teſtator dixit; *Si filius meus hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſubſtituo,* &c. nam tunc etiam mater excluditur, eueniente caſu tacito, quo filius hæres non ſit, & in pupillari ætate decedat: prout has omnes ampliationes tradunt, & ſingillatim probant DD. infra referendi, maximè verò Leon. *in ſuo tract. de Subſtit. in materia Pupillaris, num.* 233. *& ſeqq.* & Fuſar. *de Subſtit. q.* 156. qui plures DD. & alias etiam ampliationes adducit, in quibus non immoramur, quia carent contradictore, cujus aliqua ratio habenda ſit.

674 Controuerſia verò eſt, vtrùm dicta mater (& idem eſt de alijs pupilli aſcendentibus) excludatur etiam à legitima, quæ aliàs ei debetur ex bonis filij? Pars negatiua his potiſsimùm nititur fundamentis: Primò, quia qui non poteſt aliquid facere per ſe, non poteſt etiam per alium, *l. Neque per ſe,* & ibi Gloſ. *Cod de Hæred. inſtit.* ſed filius non potuiſſet, condito à ſe teſtamento, priuare matrem legitima ei debita, vt eſt notiſsimum, & cõſtat *ex Auth. Presbyteros,* 2. *Cod. de Epiſc. & cler.* alijſque juribus: ergo neque eam poteſt priuare per alium, ideſt per patrem, qui ſubſtituendo pupillariter, pro ipſo filio teſtatur. Secundò, quia priuilegium debet intelligi citra præjudicium alienum, *l. Impubere, ff. de Adminiſtr. tut. l. Nec auus, Cod. de Emancipat. liber. cum ſimilibus:* ergo priuilegium patri conceſſum, vt poſsit pro filio teſtari, non debet porrigi ad præjudicium matris, vt eam à legitima excludat. Tertiò, quia nemo ex alieno facto debet priuari ſucceſsione ſibi debita, *l. Paterfamiliàs, ff. de Hæred. inſtit. l. Adoptiuum, in fine, ff. de In jus voc. cum ſimil.* ergo ex facto patris, ideſt, ex teſtamento quod pater pro filio fecit, non debet mater priuari legitimâ, quæ illi debetur ex bonis filij. Quartò denique, quia licèt aliquæ leges indicent, matrem excludi à ſucceſsione filij per Pupillarem ſubſtitutionem, nulla tamen eſt lex, quæ in ſpecie dicat eam excludi à legitima: ergo id non debet intelligi; nam per generalem locutionem non cenſetur lex facere præjudicium legitimæ, *l. Si quando, §. Et generaliter, Cod. de Inoffic. teſtam.*

Hanc partem ſpectato jure Cæſareo, 675 ſequuntur Guilliel. de Cun. *in d. l. Precibus, col.* 14. *prope fin. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Coraſ. *num.* 29. Lanfranc. Orian. *in l. Centurio, num.* 58. *verſ. Secunda concluſio,* & alij, quos refert & ſequitur Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 38. *num.* 4. Qui tamen rectè aduertit, hanc ſententiam debere intelligi de legitima, quę matri competit in bonis, quæ filius habuit aliunde, quàm à patre, vel ex legitima, quæ illi à patre obuenit. Nam ſi pater præter legitimam ei reliquit alia bona, nulla eſt ratio, cur per Pupillarem ſubſtitutionem non potuerit matrem pupilli excludere à portione legitimæ, quæ in talibus bonis ei aliàs competeret; ſiquidem pater liberè de illis bonis diſpoſuit, potuitque ea non relinquere filio, vnde à fortiori etiam matrem omnino ab illis excludere, & dare illa ſubſtituto abſque diminutione legitimę. Huic reſolutioni valde accedit Lancelot. Polit. *in ſuo tract. de Subſtit. rubr. de Pupillari, num.* 51. *in fine,* vbi dicit, ſi pupillus aliunde habeat aliqua bona, quàm à patre, ſatis impium videri poſſe, quòd his mater priuari debeat, ſaltem quoad legitimam; & ita ſe aliquando rogatum de facto, de pura etiam conſcientia conſultum

tum

tum reſpondiſſe.

676 Pars nihilominus affirmatiua communiter à DD. defenditur. Eam ſequuntur, etiam inſpecto iure Cæſareo, Barth. *in l. 2. num. 31. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa plures referens, *num.* 44. Alciat. *n.* 55. & Socin. jun. *num* 67. Decius *in d. l. Precibus, num.* 9. vbi multos alios refert, *Cod. de Impub. & al. ſubſtit.* & ibi Rimin. *num.* 90. Iaſ. *num.* 4. Curt. jun. *num.* 12. Caccialupus, *num.* 8. & alij communiter, Barth. *in d. l. Papinianus, §. Sed neque impuberes*, & ibi Paul. de Caſtr. & alij Couar. plurimos adducens *in cap. Cum eſſes, num.* 11. *de Teſtam. in ſuis tractatibus de Subſtit. & in materia Pupillaris* Bald. *num.* 25. Barth. de Hucio *num.* 16 Zaſius *num.* 24 *&* 25. & Leon. *num.* 238. Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 11. *numer.* 14. *& tit.* 15. *num.* 37. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 16. *numer.* 3. & alij innumeri, quos refert, & ſequitur Fuſar. *de Subſtit. q.* 156. *num.* 14.

677 Probatur primò per *d. l. Papinianus, §. Sed neque impuberes, ff. de Inoffic. teſtament.* vbi habetur, matri præteritæ in teſtamento, quod pater filio impuberi fecit, non competere querelam inofficioſi aduerſùs tale teſtamentum. Vnde arguitur poſſe matrem omnino excludi à ſucceſsione filij, & ſic etiam à legitima. Cæterũ hoc argumentum non eſt efficax; quia optimè ſtat, quòd non competat querela, & nihilominus legitima debeatur; nam ſi pater ſit prętеritus à filio in teſtamento de Caſtrenſi peculio, non competit ei querela aduerſùs tale teſtamentum juxta *l. fin. Cod. de Inoffic. teſtam.* & nihilominus ei debetur legitima ex illo peculio, vt conſtat *ex d. Auth. Preſbyteros,* 2. *Cod. de Epiſc. & cleric.* & notat Gloſ. *in l. Si de inofficioſo, Cod. de Inoffic. teſtam.* vnde etiam econtra, bene poteſt competere dicta querela, quin legitima debeatur, vt patet in fratre, qui habet querelam aduerſùs teſtamentum fratris, à quo turpis perſona fuit inſtituta, *l. Fratres, Cod. de Inoffic. teſtam. & §. Soror, Inſtit. eod tit.* cùm tamen ex bonis fratris defuncti legitima non debeatur alijs fratibus. Si dicas, quòd in noſtro caſu nulla alia ratio aſsignari poteſt, ob quam matri denegetur querela, niſi quia ei, non competit legitima: facilè id excludunt Aduerſarij aſsignando aliam rationem, & quidem deſumptam ex *d. §. Sed impuberes,* quia nimirum teſtamentum pupillare, cùm nõ ſit factum à filio, ſed à patre, non poteſt accuſari à matre præterita tanquam factũ contra officium pietatis, vnde bene ceſſat querela inofficioſi, quanuis legitima debeatur, quam mater in tali caſu conſequi poterit conditione ex lege.

Secundò igitur, & meliùs probatur d. 678 ſententia per text. *in l. Lucius, in princ. ff. de Vulgari,* vbi habetur, quòd quando inter filios facta eſt ſubſtitutio Reciproca, & propter eorum imparitatem non eſt locus Pupillari, ſed tantùm Vulgari, quia alter erat legitimus, & alter naturalis, tunc ſi legitimus decedat, ſuperſtite matre, ſuccedit illi mater ab inteſtato. Si autem locus ſit Pupillari, quòd vterque filius eſſet impubes & legitimus, tunc altero decedente ante pubertatem, non ſuccedit ei mater, ſed alter ſubſtitutus. Vnde ſicut in primo caſu mater in totum excludit fratrem naturalem ſui filij, ita etiam in ſecundo debet econtrariò intelligi, quòd ipſa in totum excluditur. Idem argumentum ſumitur ex *l. Precibus, Cod. de Impub. & al. ſubſt.* vbi dicitur, quòd per Vulgarem ſubſtitutionem filio factam non tollitur quominus mater ei in totum ſuccedat, ſi hęres factus moriatur: ſecùs autem per Pupillarem, pro qua ſic habet text. ibi, *Si quidem intra pubertatem deceſſerit, eos habeat hæredes, quos pater ei conſtituerit.* At hoc etiam argumentum non multum viget Aduerſarios, qui reſpondent aliud eſſe excludi matrẽ à ſucceſsione, & hæreditate filij, aliud verò à legitima, cùm hæc non ſit quota hæreditatis, ſed quota bonorum, & veluti æs alienum, quod ab hæreditate deducitur: vnde licèt per Pupillarem ſubſtitutionem tota hæreditas pupilli deferatur ſubſtituto, id non tollit quominus dicta legitima debeat deduci, & ſolui matri.

679 Vltimò ergo, & optimè, alijs omiſsis, probatur hæc ſententia per text. *in cap. Si pater, de Teſtam. in* 6. vbi Summus Pótifex ſic ait; *Licet autem filius in teſtamento ſuo matrem portione jure naturæ debitâ priuare non poſsit, pater tamen in teſtamento, quod filio impuberi facit, poteſt; nam teſtamentum hujuſmodi pupillare paternum, vel paterni pars, potius eſt cenſendum.* Dices per hunc textum ſolùm probari dictam ſententiam eſſe veram de jure Canonico: & ſic cùm materia ſit merè temporalis, ſolùm habere locum in terris ſubjectis temporali dominio Eccleſiæ, vt in ſimili notauit cum alijs Couar. *in cap. Cum eſſes, num.* 12. *de Teſtament.* & diximus *ſupra diſp.* 2. *ſect.* 5. *§.* 1. *num.* 105. *fine.* Reſpondeo, Summum Pontificem in hoc textu non condidiſſe jus nouum, ſed ſolùm declaraſſe, & canonizaſſe antiquum jus Ciuile: Zaſius *tract. de Subſtit. cap.* 2. *num.* 25. & alij; reddit namque Pontifex eandem rationem, quæ ad excludendam matris querelam notatur *in d. l. Papinianus, §. Sed neque impuberis,* quia ſcilicet teſtamentum pupillare factum eſt à patre, & ita factum vt potiùs paternum, ſeu pars paterni teſtamenti cenſeatur: quippe quòd, etſi fuerit filio factum, non tamen nomine ipſius filij, ſed jure patriæ poteſtatis, & proprio nomine ipſius patris conditum ſit, vt acutè aduertit Zaſius *ſupra,* quæ quidem ratio, de jure etiam Ciuili probat, vt patet. Et ideo hanc ſententiam omnino tenendam cenſeo, non tantùm de jure Canonico, ſecundùm quod ab omnibus admittitur, ſed etiam de jure Cæſareo, quo etiam ſpectato communiſsima eſt.

680 Ad fundamenta partis contrariæ poſita, *num.* 674. facili negocio reſpondetur. Ad primum dices; tunc non poſſe facere per alium, qui non poteſt per ſe, quando in alium non eſt maior poteſtas ad actû, quàm quæ ab ipſo principali communicata eſt: in præſenti autem poteſtas, ex qua pater teſtando loco filij priuat ejus matrē legitimâ, non communicatur à filio, ſed competit per legem, ac principaliter ipſi patri; ſicut ipſa poteſtas teſtandi: vnde ſicut pater poteſt facere teſtamentum pro filio, cùm ipſe filius per ſe teſtari non poſſit, ſic etiam poteſt priuare matrem legitimâ filij, licèt filius per ſe id efficere non potuiſſet: hęc enim eſt vis patriæ poteſtatis, quæ latiſsimè patet, præſertim reſpectu filij impuberis. Ad ſecundum reſpondetur, cùm dicitur, quòd priuilegium intelligitur citra præjudicium alienū, id procedere, niſi conſtet Principem voluiſſe, vt etiam ad alienum præjudicium extenderetur: in pręſenti autem ſufficienter conſtat legem voluiſſe, vt matri præjudicari poſſet. Ad tertium reſpondetur, ſolùm probare, quòd mater non debet priuari legitimâ ob culpam alienam; non autem quòd pater nequeat eam priuare ex poteſtate ſibi per legem conceſſâ. Ad quartum denique reſpondetur, licèt in jure Ciuili non ſit lex, quæ exprimat, poſſe matrem excludi à legitima per Pupillarem ſubſtitutionem factam filio, attamen ſufficienter id colligi ex ipſis legibus, & ita debere intelligi, cùm non ſolùm ferè omnes interpretes, ſed ipſe etiam Summus Pontifex eas ſic intellexerit, & in hunc ſenſum canonizauerit, *vt numer. præced.* vidimus.

Aduerte autem multos DD. intelligere hanc ſentētiam pro ſolo foro externo, & non debere admitti in foro conſcientiæ, quòd iniquum ſit matrem ſine cauſa priuari legitimâ, ſibi jure debitâ ex bonis filij. Ita ſentiunt, etiam inſpecto jure Canonico, Archidiacon. & Dominic. *in d. c. Si pater,* Decius *in d. l. Precibus, n.* 10. & ibi Coraſ. *n.* 30 Curr. jun *n.* 14. & Corn. *col.* 2. Polit. *in d. rubr. de Pupillari, n.* 51. & alij apud infra citandos. Dicendum tamen, locum etiam habere in foro conſcientiæ, vt tenent Zaſius *loco cit.* vbi dicit eſſe communem ſententiam, Couar. *in c. Cum eſſes, n.* 11. *de Teſtam.* Leon. *tract. de Subſtit. vbi de Pupillari, n.* 238. Trentac. plures referēs *d. c.* 16 *ſub n.* 5. & multi alij, quos lōgo refert ordine Fuſar. *de Subſt. q.* 156. *n.* 18. Ratio eſt, quia olim nulla ſucceſsio in bonis filij erat debita matri, imò *per legē* 12. *tabularū* mater prorſus excludebatur, & multò poſt fuit admiſſa per 681

Sena-

Senatuſcóſultũ Tertul.. *Inſt. de Senatuſc. Tertul. in princip.* & ſic non jure naturali, ſed merè poſitiuo, & humano ei cæpit deberi legitima in bonis filij, *l. De emancipatis*, & ibi Bald. *Cod. de Legit. hæred. & l. Scripto, ff. Vnde liberi*: ergo cùm ipſo jure poſitiuo tam Ciuili, quàm Canonico concedatur, vt mater per Pupillarem ſubſtitutionem poſsit priuari dictâ legitimâ, vt ex dictis conſtat, fatendum neceſſariò eſt, licitum id eſſe, etiam in foro conſcientiæ; nam obligatio, quæ ſolo jure poſitiuo inducta eſt, eodem etiam jure pro vtroque foro tolli poteſt, vt eſt notiſſimum.

682 Nec obſtat, quòd *in d. cap. Si pater*, dicitur portio legitima ex bonis filij eſſe debita matri jure naturæ: nam ſenſus eſt, quòd tale debitum fuit inductum, ſuadente naturali conjunctione, quæ inter matrem & filium intercedit, qua ratione filij dicuntur eſſe in poteſtate patris jure naturæ, ideſt, naturalis conjunctionis, cùm tamen non jure naturali, ſed jure ciuili ea poteſtas inducta ſit, prout bene exponit Gloſ. *ad l. Pronuntiatio, 195. §. Familiæ, verb. Aut natura, ff. de Verb. ſignif.* Adde, quòd licèt ex rigoroſo jure naturali mater haberet jus ad legitimam ex bonis filij, adhuc per leges poſſet eo jure priuari, quia hujuſmodi jura legum diſpoſitioni ſubjecta ſunt. Sic enim quamuis omnes homines, ſpectato ſolo jure naturali, naſcantur liberi, & habeant jus ad acquirendũ rerum dominium, deque illis pro ſuo arbitrio diſponendum, attamen per leges introductum fuit, vt filij eſſent ſub patris poteſtate, tanquam ſerui, ita vt nihil ſibi poſſent acquirere, ſed omnia acquirerent patri; quæ leges juſtæ erant, nec penitus ſunt abrogatæ; nam etiam hodie filij non ſibi acquirunt, niſi tantùm proprietatem, vſufructu patribus reſeruato, *l. Cum oportet, C. de Bonis quæ liber.* & idem videre licet
683 in alijs exemplis.

Limitanda verò eſt prædicta ſententia, vt non procedat, quando mater eſſet adeò inops, vt non haberet aliàs vnde ali poſſet: tunc enim cogetur ſubſtitutus, vel legitimam ei præſtare, vel alimenta præbere, vt ſentiunt Ripa *in d. l. num. 45. in fine, ff. de Vulgari*, Zaſius *in d. materia de Pupillari, num. 25.* Couar. *in d. cap. Cum eſſes, num. 11. fine, de Teſtam.* Trentacinq. *d. cap. 16. ſub num. 6. verſ. Et nota*, & alij juxta text. *in l. Siquis à liberis, §. Item reſcriptum, ff. de Liber agnoſcend.* & facit text. *in cap. Non ſatis, 86. diſtinct.* Conſonant Menoch. *d. præſumpt. 28 num. 32.* & Fuſar. *d. q. 156. numer. 24* dum ſimpliciter aſſerunt, quòd quando mater eſſet valde inops non debet priuari legitimâ. Fundamentum eſt, quia ipſa ratio naturalis dictat, & obligat vt parentibus adeo egenis ex bonis filiorum ſuccurratur.

Quæ hactenus dicta ſunt circa exclu- 684
ſionem matris, procedunt ſimiliter in alijs aſcendentibus pupilli, vt ſcilicet etiam à legitimâ in bonis ejus debitâ excludantur per Pupillarem expreſſam illi factam: vt ſi tempore, quo pupillus moritur, defuncta jam ſit ejus mater, ſuperſit autem auus, vel auia, aut alius aſcendens, quem ipſe pupillus, ſi teſtandi eſſet capax præterire non poſſet. Eadem quippe eſt ratio, imò maior, vt talis aſcendens excludatur, quàm vt excludatur mater. Et ita docent Barthol. *in d l. 2. num. 31.* & cæteri DD. *ibid. ff. de Vulgari*, Zaſius *loco proximè citato* Leon. *de Subſtit. in materia Pupillaris, num. 241.* Trentacinq. *d. cap. 16. in princip.* Fuſar. *d. q. 156. num. 7.* & alij communiter.

Dubitabis autem, ſi auus ex filio eman- 685
cipato nepotem retineat in poteſtate, eique (vt poteſt) pupillariter ſubſtituat extraneum, an per talem ſubſtitutionem excludatur pater à ſucceſsione pupilli, ſicut de matre, & alijs aſcendentibus dictum eſt? Reſpondet affirmatiuè Zaſius *d. numer. 25. fine*, & conſentit Guilliel. de Cun. apud Bald. *tract. de Subſtit. tit. de Pupillari, num. 27.* etiam quando illi nepoti facta eſſet Pupillaris tacita. Nihilominus, non ſolùm quando Pupillaris eſſet tacita (in quo caſu neque matrem, neque patrẽ excludi, docet bene Baldus *loc. cit.* & eſt cõmunis ſentẽtia) ſed etiã quãdo eſſet ex-

expreſſa, vix dabitur caſus, quo illa opinio procedat, quia vt optimè aduerſus illam arguit Leon. ſupra *num.* 245. ad hoc vt Pupillaris ſubſtitutio ſubſiſtat, & habeat effectum, duo, præter alia, requiruntur: primum eſt, vt teſtator prius moriatur quàm pupillus, ita vt tempore, quo moritur, ipſum pupillum habeat in poteſte, vt per *l. Cohæredi, §. Cum filio, ff. de Vulgari*, ibi: *Siquis ex his mortis quoque tempore*, &c. & ita præter Leon. *cit.* notat relatis pluribus Fuſar. *de Subſtit. q.* 117. *num.* 7. eſtque certa apud omnes ſententia. Secundum eſt, vt per mortem teſtatoris non recidat pupillus in alterius poteſtatem, *l.* 2. *in princip. verſ. Nepotibus etiam, ff. de Vulgari*, & dictum, ac declaratum eſt ſupra *§.* 5. *numer.* 532. *& ſeqq.* In præſenti autem neceſſario deficiet alterum ex his requiſitis, ad hoc vt ſubſtitutio poſſit ſubſiſtere, & patrem pupillo ſuperſtitem ab ejus ſucceſſione excludere: nam ſi teſtator, nempe auus, ante pupillum deceſſit, per ejus mortem recidit pupillus in poteſtatem patris; & ſic deficit ſecundum requiſitum: ſi autem pupillus deceſſit viuente adhuc teſtatore, deficit alterum requiſitum; & ita neutro in caſu poteſt ſubſtitutio habere vim ad patrem excludendum. Si tamen caſus eueniat, quo per mortem aui nepos ille non reincidat in poteſtatem patris ſuperſtitis, & ipſe pater ſit capax ſuccedendi, vt ſi pater tunc eſſet Religioſus profeſſus in monaſterio ſuccedendi capaci, ſanè in tali caſu locum habebit prædicta opinio, vt ſcilicet pater, ſeu monaſterium ex ejus perſona à ſucceſſione filij excludatur per ſubſtitutum ex dicta Pupillari expreſſa: eadem namque in tali caſu eſt ratio de patre, atque de matre, cæteriſq; aſcēdentibus; vt conſideranti patebit.

(:)

§. 16. *Vtrum etiam per tacitam Pupillarem in Vulgari expreſſa comprehenſam excludatur mater pupilli, & alij aſcendentes, à ſucceſſione ipſius pupilli?*

SUMMRAIUM.

Prima ſententia in præſenti quæſtione tenet, non excludi matrem: & quibus potiſſimùm fundamentis? num. 686. *& ſeqq. Secunda ſententia eſt contraria, ejuſque fundamenta proponuntur, & ſoluuntur; num.* 690. *& & ſeqq.*

Sententia communis tenens, non excludi matrem pupilli per tacitam Pupillarem intelligitur, niſi conſtet, aut ex cōjecturis colligatur teſtatorem voluiſſe, vt mater excluderetur; num. 695. *Ex quibus conjecturis id ſufficienter colligatur? num.* 696. *& ſeqq.*

Si teſtator extra teſtamentum dixiſſet, Si filius meus matre viuente moriatur, nollem quod illa haberet vnum obolū; *aut ſimilia verba, ſufficiens inde ſumitur conjectura, eum voluiſſe vt mater per tacitam Pupillarem excluderetur. Et duo teſtes ſufficiunt ad hujuſmodi conjecturam probandam; num.* 697.

Sufficiens etiam erit conjectura ad dictam excluſionem, ſi teſtator, matri pupilli reliquit aliquod legatum, & adjecit, quòd nihil amplius poſſet petere de ſuis bonis. *Hoc autem procedit, ſi illud legatum fuit relictum ſoluendum à ſubſtituto pupilli: ſecus autem ſi ab ipſo pupillo; num* 698. *& ſeq. Eritque tutior iſta conjectura, ſi teſtator dicto legato adjeciſſet, quòd mater non poſſet amplius petere de bonis pupilli, aut verbis clarioribus ſignificaſſet, loqui ſe de bonis pupilli; num.* 700.

Eſt etiam ſufficiens conjectura, quòd teſtator voluit excludi matrem pupilli, ſi ei legauit aliquid annuū, donec ipſa in viduitate permanſerit.

Vtrū ſatis ſit, quòd mater pupilli tranſeat ad

Digitized by Google

ad ſecundas nuptias, ad hoc vt eliciatur ſufficiens conjectura, quòd teſtator voluit eam excludi? ibid.

*Ex parte ipſius matris ſufficiens conjectura eſt ad illius excluſionem: primò, ſi erat inimica teſtatoris. Secundò, ſi poſt mortem mariti commiſit aliquid inhoneſtum, viuente adhuc pupillo; numer.*702.

Mater excluditur à ſucceſsione pupilli, ſi ei non petijt tutorem; ibid.

*Ex parte ſubſtituti ſumitur cōjectura ad excluſionem matris, ſi ſubſtitutus ſit filius teſtatoris, & frater pupilli, ſiue vtrinque, ſiue ex parte ſolius patris ei conjunctus; num.*703. *Idem dicendum, quando ſubſtitutus eſſet nepos teſtatoris; ibid.*

*Vtrum prædicta conjectura procedat, quando ſimul cum filio eſſet etiam ſubſtitutus aliquis extraneus? numer.*704.

*Vtrum ſi frater teſtatoris ſit ſubſtitutus, admitti debeat contra matrem pupilli ex tacita Pupillari? num.*705.

*Si mater teſtatoris ſit ſubſtituta, an debeat admitti ex tacita Pupillari contra matrem pupilli? num.*706.

Quid ſi cauſa pia ſit ſubſtituta, vel ſimpliciter, vel pro male ablatis? numer. 707. *& ſeq.*

*Quæ dicta ſunt circa matrem pupilli excludendam, vel non excludendam per tacitam Pupillarem, pari ratione procedunt in reliquis aſcendentibus, quos pupillus prætertre non poſſet, ſi per ſe teſtaretur. Et quomodo hæc reſolutio poſſit habere locum in patre pupilli? numer.*709.

Vtrum frater pupilli excludatur ab illius ſucceſsione per tacitam Pupillarem? num. 110.

CVm *ſuperiori* §. ſermo tantùm fuerit de Pupillari expreſſa, conſequens eſt, vt nunc de tacita dicamus, videamuſque an prædictus effectus excludendi matrem pupilli, & alios aſcendentes, illi etiam competat? Vbi per Pupillarem tacitam intelligimus illam, quæ ex interpretatione juris ſub Vulgari expreſſa continetur; prout ex jure, & cōmuni DD. latè à nobis traditum, & explicatum eſt *ſect. præced.* §. 22. Hæc enim tantummodo nomine tacitę Pupillaris ſimpliciter dictæ venire ſolet.

In propoſita igitur quæſtione duæ ſunt principales opiniones. Prima tenet matrem pupilli non excludi ab ejus ſucceſſione. Ita Gloſ. *in l. Precibus, verb. Omnimodò, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Caſtr. Jaſ. Corn. Caccialup. *num.* 57. *&* 15. Rimin. jun. *num.* 48. *&* 217. & alij, Barth. *in l.* 2. *in princip. num.* 32. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 29. Jaſ. *num.* 52. Socin. ſen. *num.* 22. Ripa, *num.* 46. & Alciat. *num.* 51. Salic. *in l. Centurio, num.* 195. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin. jun. *num.* 111. Zanc. *in l. Hæredes mei*, §. *Cum ita, ff. Ad Trebel.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num.* 88. *de Teſtam.* & ibi Couar. §. 4. *numer.* 7. Emman Coſta *in cap. Si pater*, 2. *p. verb. Superſtite matre, num* 4. *de Teſtament. in* 6. vbi ex Mariano Socin. jun. aſſerit hanc ſententiam ſemper in praxi ſeruari: *in ſuis tract. de Subſtit. in materia Pupillaris*, Bald. *num.* 26 [illegible] rith. de Hucio, *num.* 17. Fum. *num.* 55. [illegible] Zaſius *numer.* 26. Item Polit. *in rubr. de Vulgari, partic.* 6. *numer.* 38. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 4. *num* 8. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 14. *num.* 16. *aliàs in nouiſsima edit. num.* 21. *& tit.* 15. *in princip.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 39 *ſub num.* 39. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 12. *ſub num.* 5. *verſ. Ex ſupradictis igitur conſtat*, & alij innumeri, quos longa ſerie refert Fuſar. *de Subſtit. q.* 157. *num.* 1. 686

Probatur primò per text. *in d. l. Precibus*, vbi deciditur, quod quando impuberi matrem habenti datus eſt à patre ſubſtitutus per Vulgarē expreſſam, talis ſubſtitutus nō admittitur, ſi impubes hæreditatē adiuit, ſed omnimodo per ejus mortem pertinet ſucceſsio ad matrem: ex qua deciſione patet matrē pupilli nō excludi per tacitam Pupillarē ex Vulgari expreſſa 687

Digitized by Google

comprehenſam. Reſpondent aliqui Aduerſarij, propterea locum non eſſe in hoc caſu tacitæ Pupillari, quia non ponitur, quòd filius deceſſerit in pupillari ætate, vt neceſſarium erat ad hoc vt talis ſubſtitutio haberet locum. At contra hoc vrget illa dictio, *Omnimodò*, nam ſolùm in caſu quo filius ante pubertatem decederet, ſucceſsio ejus omnimodò ad matrem pertineret: ſiquidem pubes effectus teſtari poſſet, & alium etiam hæredem ſibi inſtituere, vt patet. Dici etiam poteſt, ſenſum prædicti textus eſſe, quòd ſiue ille filius deceſſerit ante, ſiue poſt pubertatem, mater non excluditur per dictum ſubſtitutum vulgarem, ſi filius hæreditatem adiuit: neque enim cum fundamento dici poteſt, eum textum loqui tantùm pro caſu, quo filius deceſsit pubes, ſiquidem tali reſtrictioni manifeſtè refragatur illa dictio, *Omnimodò*, & ipſa verba textus ſunt indefinita, ibi: *Eo defuncto, ad te* (ſcilicet matrem) *omnimodò ejus pertineat ſucceſsio*: illo autem ſenſu admiſſo, clarum eſt, tacitam Pupillarem contra matrem non admitti. Reſpondent alij, in prædicto textu ſermonem eſſe de ſubſtitutione Vulgari facta à milite: in Vulgari autem expreſſa, quę à milite facta ſit, non contineri Pupillarem; & ſic mirum non eſſe, quòd in illo caſu mater pupilli non excludatur à ſubſtituto per tacitam Pupillarem. Cæterùm hoc effugium jam à nobis præcluſum eſt. *ſect. præced. §. 22. num.* 366. vbi cum alijs oſtendimus, etiam in Vulgari à milite factâ, ſi expreſſa ſit, contineri tacitam Pupillarem. Alias Aduerſariorum reſponſiones refert, & refellit Menoch. *d. præſumpt.* 39. *num.* 2. *& ſeqq.*

688 Probatur ſecundò per text. *in l. fin. C. de Inſtit. & ſubſtit.* vbi cùm poſthumo, qui ſimul cum matre fuit inſtitutus, Vulgaris ſubſtitutio eſſet facta, ſi non naſceretur, ille verò natus in pupillari ætate deceſsiſſet, poſtquam hæres extitit, dubitatum eſt, an ſubſtitutus in tali caſu admittendus eſſet ex tacita Pupillari contra matrem ſuperſtitem? Et reſponſum eſt negatiuè, ex conſilio Papiniani, qui rationem reddidit, his verbis; *Si enim teſtator ſuæ ſubſtantiæ partem vxori dereliquit, multò magis luctuoſam hæreditatem ad matrem venire curauit*; quæ ratio licèt ab Aduerſarijs in contrariam ſententiam trahatur, quatenus totam vim accipere videtur ex eo, quod mater ſimul fuerat inſtituta, & non præcisè ex eo quòd mater eſſet: attamen vt optimè conſiderat Menoch. *ſupra, num.* 28. prædictam primam ſententiam potiùs confirmat; quia cùm procedat à fortiori, quando mater ſimul fuit inſtituta, ſupponit quòd quando non eſſet inſtituta, ſufficientem pro ſe haberet rationem, vt à luctuoſa filij hæreditate excludi non deberet; licèt ea ratio non eſſet tam fortis, ſicut quando ſimul inſtituta eſſet, in quo caſu procedit à fortiori, cùm vltra conjecturam, quæ ſumitur ex eo, quòd agatur de luctuoſa hæreditate filij, quæ matri ratione commiſerationis pro ſolatio conceditur, *l. Scripto, in fine, ff. Vnde liberi*, concurrat etiam conjectura, ex eo quod teſtator partem ſuæ hæreditatis ei dereliquit.

Tertiò & vltimò, omiſsis alijs, probatur hæc ſententia ea ratione, quia tacita Pupillaris inducta eſt ex ſola præſumptione, & potentia legis, quæ ex eo quòd teſtator vulgariter filio impuberi ſubſtituit, interpretata eſt, cum etiam voluiſſe, vt eueniente caſu Pupillaris, ſubſtitutus admitteretur ad ſucceſsionem pupilli vt ſæpius declaratū eſt, & conſtat per *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*: durum autem, & contra humanitatem eſt, talem legem ſic interpretari, vt non ſolùm præſumpſerit, teſtatorem voluiſſe dare filio ſubſtitutum pupillarem, ſed etiam vt talis ſubſtitutus contra matrem admitteretur, excludendo illam à ſucceſsione, quæ ſpeciali de cauſa, nempe ob commiſerationem, ei conceſſa eſt: ob quam cauſam, vel ſimul etiam ob alias, forſan ipſe teſtator, ſi expreſſam Pupillarem faceret, legitimam ſucceſsionem matri reſeruaret: quod vtique in dubio humanius eſt præſumi, vt conſtat. 689

Nihilominus tamen contrariam ſententiam, quòd etiam per tacitam Pupillarem excludatur mater, tenent Fulgoſ. 690

in

in d. l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit. & ibi Decius *not.* 4. Curtius jun. *num.* 26. Salic. Caſtellioneus, & Catoſaccus, Viglius *Inſt. de Pupil. in princip. numer.* 16. Thomas Calench. *in l.* 1. *ff. de Vulgari*, Leon. *tract. de Subſtit. in materia Vulgaris, num.* 118. *& ſeqq & in materia Pupillaris, num.* 249. *& ſeqq* Menchac. *de Succeſſ. progreſ.* §. 15. *num.* 60. & quidam alij apud Fuſar. *d q.* 157. *num.* 4. qui tamen malè pro hac ſententia refert Pelit. & Anton. Gom. Mouentur prædicti DD ex multis fundamentis, quorum præcipua hic ponemus, & ſtatim ſoluemus: non eſt enim à prima ſententia recedendum, cùm ſit communiſsima, & tum jure, tum optima ratione ſubnixa.

691 Primo igitur mouentur, quia *in d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari* per quam dicta Pupillaris tacita potiſsimùm inducta eſt, duo tantùm caſus excipiuntur, in quibus tacita Pupillaris ſub Vulgari expreſſa non comprehenditur: vnus eſt quando Vulgaris eſt facta perſonis imparibus: alter eſt, quando conſtaret de teſtatoris voluntate: de matre autem in medio exiſtente nulla prorſus fit mentio: quo ſignificatur matris exiſtentiam impedimento non eſſe, quominus dicta Pupillaris locũ habere debeat. Reſpondetur facilè, merito in illa lege non fieri mentionem de matre, quia eius exiſtentia non tollit, quominus Pupillaris ſub expreſſa Vulgari comprehendatur, ſed tantummodo impedit ejus effectum, vt ex communi DD. tradidimus, & de jure probauimus *ſect. præced.* §. 22. *num.* 350. *& ſeq.* in illa autem lege non agebatur de effectu Pupillaris, ſed tantùm de ejus comprehenſione ſub Vulgari expreſſa.

692 Secundò mouentur, quia Vulgaris expreſſa extenditur ex præſumptione, & potentia legis ad Pupillarem tacitam, vt per *d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & l. Quamuis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* extenſio autem fit cum omnibus ſuis qualitatibus, *l. Sed ſi manente, ff. de Precario.* Ergo quemadmodum per Vulgarem expreſſam excluditur mater pupilli, ita etiam debet excludi per tacitam Pupillarem. Reſpondetur, non dici propriè, quòd Vulgaris extenditur ad Pupillarem tacitam, ſed quod ex Vulgari expreſſa præſumitur, & ſubintelligitur Pupillaris tacita: præſumitur autem non cum alienis conditionibus, & qualitatibus, ſed cum ſuis, & ſic diuerſis à Vulgari: alioqui ſicut Vulgaris expirat aditione hæreditatis, nec per eam ſucceditur pupillo, ſed teſtatori, ita pariter admittendum eſſet in tacita Pupillari, quod eſt abſurdum.

Tertio mouentur, quia ſubſtitutus in 693
caſu expreſſo Vulgaris ſubſtitutionis fuit magis dilectus, quàm mater, quæ ſubſtituta non eſt: ergo etiam in caſu tacito Pupillaris, qui ſub illo expreſſo continetur, cenſeri debet prędilectus, & ſic matri pręferendus: nam qui in primo caſu prædilectus eſt, cenſetur etiam prædilectus in ſecundo, *l. Publius,* §. 1. *ff. de Condit. & demonſtr.* Reſpondetur negando conſequentiam: nam tunc prædilectus in primo caſu cenſetur prædilectus in ſecũdo, quando non obſtat aliqua fortior præſumptio in contrarium, vt in præſenti, vbi in caſu tacitæ Pupillaris obſtat matris commiſeratio ipſis legibus adminiculata, eoquod valde durum, ac penè inhumanum ſit, priuari afflictam matrem luctuoſa hæreditate: quę ratio in caſu Vulgaris non militat, cùm per hanc non ſuccedatur pupillo, ſed teſtatori, cujus hęreditas nullo titulo debetur vxori, nec ſubſtitutus ad illam admittitur per mortẽ pupilli, ſed per repudiationem, vel abſtentionem.

Qnartò & vltimò mouentur ex illo ve- 694
luti proloquio, quòd, Taciti, & expreſsi cadem eſt virtus, *l. Cum quid, ff. Si cert. pet.* vnde cùm per expreſſam Pupillarem mater pupilli excludatur, vt ſupra vidimus, conſequens eſt, debere etiam excludi per tacitam. Reſpondetur, illud proloquium fallere, quando eſt diuerſa ratio in tacito, atque in expreſſo; tunc enim nõ valet argumentum ab vno ad aliud, vt notant DD. *in d. l. Cum quid.* In Pupillari autem tacita eſt peculiaris ratio, ob quam non debeat excludere matrem, quæ ratio non militat in expreſſa, vt conſtat ex dictis,

Digitized by Google

tis, præſertim *num*.689.

695 Intelligitur autem prædicta communis ſententia, niſi conſtet, aut ex conjecturis colligatur, teſtatoris voluntatem fuiſſe, vt mater excluderetur. Sic Gloſ. *in d. l. Precibus, verb Omnimodo, Cod de Impuber. & alijs ſubſtit.* Barth. *in d. l.2. in princip num*.38. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 15. *per tot.* Ant. Gom. *tom*.1. *Variar. cap*. 3. *num*.10. Menoch. *d. præſumpt*. 39. *num*. 40. Trentacinq. *de Subſtit. p*.1 *cap*. 12. *num*. 13. Fuſar. *de Subſtit. q*. 157. *num*. 10. *& ſeqq.* multique alij, quos hi referunt. Ratio eſt, quia cùm patri conceſſum ſit, vt poſſit per Pupillarem priuare matrem ſucceſſione pupilli, vt *præcedenti §.* viſum eſt, planè ſi conſtet, eum voluiſſe vti hac poteſtate, vel talis ejus voluntas ex aliqua conjectura deprehendatur, mater per ſubſtitutum excludetur, etiamſi ſubſtitutio non fuerit expreſſa. Ad quod eſt tex. *in l. In teſtamento*, 1. *in fine, Cod. de Teſtamento militis*, vbi Barth. *num*. 3. *& in d l. Iam hoc jure*, ibi: *Si voluntas parentis non refragetur, ff. de Vulgari*.

Hinc quæri ſolet, ex quibusnam con-
696 jecturis ſufficienter probetur, teſtatorem voluiſſe, vt mater per tacitam Pupillarem excluderetur? Et reſpondetur, ex quatuor potiſsimùm capitibus, hujuſmodi conjecturalem probationem deduci poſſe. Primo ex ijs, quæ teſtator dixit extra teſtamentum: ſecundò, ex ijs quæ dixit in teſtamento: tertiò ex conditione matris, ſeu perſonæ de cujus excluſione agitur: quartò ex conditione ſubſtituti; prout hæc omnia tradit, atque exemplis illuſtrat Barth. *in d. l. 2. num*. 40. *& ſeqq. ff. de Vulgari*, quem cæteri omnes imitantur, vt Bald. *in d. l. Precibus, num*. 10. *& ſeqq. & tract. de Subſtit. tit. de Pupillari num*. 31. *& ſeqq.* Barth. de Hucio *tract. de Subſtit. cap*. 2. *num*. 22. *& ſeqq.* Anton. Gom. *d. cap*. 3. *ſub num*.10. Mantica *d. tit*. 15. Menoch. *d. præſumpt*. 39. *à num*. 41. Trentacinq. *d cap*. 12. *à numer*. 13. & Fuſar. *d. q*. 157. *à num*. 12. ex quibus hi vltimi quatuor DD. latiſsimè ſingula illa capita excutiunt, pluresque adducunt declarationes, & modificationes: nos autem paucioribus rem conficiemus. 697

Ex dictis ergo extra teſtamentum ſufficiens conjectura judicatur, ſi teſtator dixerit; *Si filius meus matre viuente morietur, nollem quòd illa haberet vnum obolum*, vel ſimilia verba. Ita ſentiunt omnes DD. proximè citati, eſtque communiſsima ſententia, à qua immeritò recedit Polit. *in ſuo tract. de Subſtit. rubr. de Vulgari partic*.6. *num*. 42. *verſ. Secundò dubitatur*, vbi concludit quòd etiam in judicando contrarium eſt tenendum; at non ſatis efficacibus mouetur fundamentis, & illis bene reſpondent Trentacinq. *loco citat. num*. 14. & Menoch. *d. præſumpt*. 39. *num*.44. *& ſeqq.* Intelligiturque hæc reſolutio ſiue illa verba ante teſtamentum, ſiue poſt ex interuallo fuerint prolata, vt poſt alios notauit Trentacinq. *ſupra, num*. 15. oportet autem quòd conſtet fuiſſe prolata conſideratè, & cum talibus circunſtantijs, vt judex prudenter judicare poſsit, teſtatorem voluiſſe matrem excludi: cùm enim de conjecturis agitur, quæſtio voluntatis in æſtimatione judicis videtur eſſe, *l. Voluntas, Cod. de Fideicommiſ.* Mantica *d. tit*. 15. *num*. 8. Sufficiunt verò duo teſtes ad hujuſmodi conjecturam probandam, vt tenet Barth. *in d. l. 2. num*. 39. *ff. de Vulgari*, & magis recepta ſententia, pro qua plurimos refert eos ſequens Mantica *ſupra, num*.9. & Fuſar. *num*.15. *&* 18. Ratio eſt, quia ſiue verba fuerint prolata ante teſtamentum, ſiue poſt illud, talis probatio fit ad declarandam voluntatem teſtatoris, quòd ſcilicet voluerit in expreſſa Vulgari contineri tacitam Pupillarem, etiam contra matrem: probatio autem declaratoria per duos teſtes fieri poteſt, *l. Hæredes palam, §. Sed & ſi notam, ff. de Teſtament.* Neque oportebit eos teſtes eſſe eſſe rogatos, vt cum Baldo, & Imola notat Mantica *d. num*.9. *fine*.

Ex dictis in ipſo teſtamento ſumitur 698
conjectura, ſi teſtator matri pupilli reliquit aliquod legatum, & adjecit quòd nihil amplius poſſet petere de ſuis bonis. Hoc exemplum ponit, & approbat Barth.

th.

Digitized by Google

th. *in d.l.2.num*.41.quem cæteri communiter ſequuntur, vt apud Mantic., Menoch. & alios ſupra citatos videre licet, quã uis aliqui contradicant. Intelligitur autem, dummodo legatum fuerit relictum à ſubſtituto pupilli ſoluendum: ſi enim eſſet relictum ab ipſo pupillo, non eliceretur ex illis verbis ſufficiens conjectura, quòd teſtator voluerit matrem excludi per tacitam Pupillarem, vt notauit idem Barth. per text. *in l. Paula Callinico, §. 1. ff. de Legat*.3. & tradunt etiam Mantica *d. tit. 15. num*. 10. Menoch. *d. Præſumpt*. 39. *num* 48. Anton Gom. *vbi ſupra*, Trentacinq. *d. cap. 12. num. 16*. Fuſar. *d. q. 157 num. 22*. & cæteri communiter.

699 Quòd autem ſumatur ſufficiens conjectura ad excluſionem matris, quando illa verba ſunt adjecta legato relicto à ſubſtituto pupilli, probat text. *in l. Peto, in princip. ff. de Leg. 2. & in l. Fideicommiſſa, §. Siquis ita, ff. de Leg* 3 & ratio eſt, quia illa verba teſtatoris, ***Nihil amplius poſsit petere de bonis meis***, referuntur ad bona, quę à teſtatore peruenerint ad pupillum, ſeu ad bona pupilli à teſtatore profecta, in quibus mater per mortem pupilli ſuccedere deberet ab inteſtato: alioqui eſſent ſuperflua; cùm ſecluſa diſpoſitione mariti manifeſtum ſit, nihil vxorem petere poſſe de illius bonis, niſi quatenus peruenerint ad filium, cui illa ab inteſtato, vel ex teſtamento ſuccedit. Ergo adjiciendo illa verba legato relicto à ſubſtituto pupilli, clarè ſignificat teſtator, quod vult vt ſubſtitutus ſuccedat in bonis pupilli, & ſic per Pupillarem tacitam, etiamſi mater exiſtat in medio, cùm jubeat eam eſſe contentam dicto legato ex bonis filij, quod cenſeri poteſt ei relictum in compenſationem legitimæ ei aliàs ex cauſa neceſſaria debitæ, *l. Hujuſmodi, §. Cum pater, ff. de Leg*. 1. Et ſi quidem teneamus cum probabili ſententia tradita *§. præced.* quòd pater non poteſt per Pupillarem priuare matrem legitimâ ei debitâ ex bonis filij, ſi tale legatum fuerit minus ipſâ legitimâ, poterit mater petere ſupplementum legitimæ, *l. Omnimodò*, & ibi DD. *Cod. de Inoffic. teſtam.* r tentâ autem communi ſententiâ, quod pater etiam legitimâ poteſt matrem priuare, non poterit mater ſupplementum petere, vt patet, & notat bene Menoch. *d. præſumpt. 39. num. 52*.

Procedet autem inoffenſo pede conjectura, ſi teſtator dicto legato adjeciſſet, quòd mater non poſſet ampliùs petere de bonis pupilli, aut verbis clarioribus ſignificaſſet, loqui ſe de bonis pupilli: nam ſi intellexit de ſuis proprijs bonis, non capiatur ſufficiens conjectura, quod voluerit matrem priuare luctuoſa ſucceſſione filij, vt notat Mantica *d. tit. 15. ſub num. 14. verſ. Illud etiam*; vbi ſatis etiam probabiliter addit, tutius eſſe vt in caſu propoſito à verborum proprietate non recedatur, & conſequenter, quòd illa verba, ***de bonis meis***, vel, ***de bonis ſuis***, debent intelligi, de bonis ipſius teſtatoris, non de bonis pupilli. 700

Aliud exemplum, in quo ex verbis ſcriptis in teſtamento elicitur ſufficiens conjectura ad excludendam matrem per tacitam Pupillarem, eſt, ſi teſtator legauit vxori aliquid annuũ donec ipſa in viduitate permanſerit: hinc enim colligitur teſtatoris voluntatem fuiſſe, vt ſi illa ad ſecundas nuptias tranſierit, excludatur à ſucceſsione filij per tacitam Pupillarem ipſi filio factam. Hæc reſolutio eſt Bartholi *in d. l. 2. num. 42. ff. de Vulgari*, & communiter ab alijs recipitur, vt videre eſt apud Mantic. *d. tit. 15. num. 13. & ſeqq.* Menoch. *d. præſumpt. 39. numer. 58*. Trentacinq. *d. cap. 12. ſub num. 16 verſ. Item ex dictis*, & Fuſar. *d. q. 157. numer.* 23. qui pluribus relatis illam approbant. Præcipuum, & expeditius ejus fundamẽtum, miſsis alijs, eſt; quia ſi teſtator propter odium ſecundarum nuptiarum voluit vxorem priuari legato, ſi ad illas tranſijſſet: pari ratione intelligi debet voluiſſe etiam excludere illam à ſucceſsione filij per tacitam Pupillarem: cùm vtrumque pendeat à voluntate ipſius teſtatoris, qui eandem, & fortè maiorem cauſam habet ad excludendam in tali caſu vxorem à ſucceſsione filij, quàm à dicto legato, cùm 701

vxor

Digitized by Google

vxor tranſeundo ad ſecundas nuptias, nõ ſolùm faciat injuriam marito, cujus animam contriſtare dicitur, §. *Quæ vero, verſ. Nos igitur videntes, Auth. de Nuptijs*, ſed etiam ipſis filijs, §. *Sin autem tutelam, Auth. eod. & §. Proſpeximus, Auth. de Non eligendo ſecundò nub.* Vnde ad illam excludendam à ſucceſsione filij duplicem cauſam habet teſtator, nimirum, & ſuam, & filij injuriam; propter quam ipſe etiam filius, ſi teſtari permitteretur ipſam matrem voluiſſet excludere.

Vtrum verò ſatis ſit, quòd mater tranſeat ad ſecundas nuptias, ad hoc vt elicíatur conjectura, quòd teſtator voluit eam excludere, licèt nihil dixerit de ſecundis nuptijs? Alij affirmant, alij negant, vtrique probabiliter. Vide Mant. *d. tit.* 15. *num.*28. *& ſeq.* Menoch. *d. præſumpt.*39. *num.*65. Trentacinq. *ſup. num.*17. *& ſeq.* Fuſar. *d. q.*157. *num.*25. *& ſeq.* & Sanch. *lib.* 7. *de Matrim. diſp.* 88. *numer.* 27. *&* 28. vbi plurimos in vtramque partem refert.

Ex conditione matris elicitur conjec-
702 tura ad illius excluſionem, primò ſi erat inimica teſtatoris, ſeu odio ab eo habita, vt quia turpiter cum alio verſata, vel aliàs eum grauiter oſtendit: hinc enim ſufficienter colligitur, quòd teſtator voluit eam excludi per tacitam Pupillarem: Barthol. *in d.l.* 2. *num.*43. *ff. de Vulgari*, & ibi Ruin. *num.*67. Ripa *num.*57. & Socin. jun. *num.*116. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.*3. *ſub num.* 10. Mantica *d. tit.* 15. *num.* 18. Menoch. *d. præſumpt.*39. *num.*67. Trentacinq. *d. cap.* 12. *num.* 19. & cum multis alijs Fuſar *d q.* 157. *num.* 32. eſtque communis ſententia; quæ bene probatur argum. *l.* 3. *in fine, & l. Ex parte, ff. de Adim. legat. & l. Si inimicitiæ, ff. de His quibus vt indignis, & l. Lucius Titius teſtamento*, 2. *§. Lucius Titius Damam, ff. de Leg.* 2. Secundò, ſi poſt mortem mariti teſtatoris commiſit aliquid inhoneſtum, cedens in dedecus ipſius mariti, vt ſtuprum: nam inde etiam ſufficiens conjectura ſumitur, vt tenent Barth. *vbi ſupra*, Mantic. *num.* 23. Menoch. *num.* 72. Trentacinq. *num.* 21. & alij quos referunt, per *l. Fideicommiſſum, Cod. de Fideicom. & l. Sororem, C. de His quibus vt indign.* vbi mulier propter ſtuprum priuatur vt indigna hæreditate mariti. Aduerte autem hanc reſolutionem intelligi debere, ſi mater ſtuprum committat viuente adhuc pupillo, vt bene probat Mantica *num.* 25. contra aliquos, qui pro ſe adducunt Bartholum *loco proximè citato*: ſed reuerà Bartholus ibi ſolùm dicit, *Si mater poſt mortem teſtatoris aliquid inhoneſtum feciſſet*; ita enim habet optima editio Veneta anni 1590. qua vtor; & licèt in aliqua alia legatur, *Si poſt mortem pupilli*, &c. affirmat Mantica, id eſſe corruptum vitio ſcriptoris. Si enim mater poſt mortem pupilli ſtuprum committat, cùm hæreditas jam illi ſit delata, non debet ab ea excludi, neque per ſubſtitutum, neque etiam per Fiſcum tanquam indigna; quia delictum ſtupri non connumeratur inter cauſas, ex quibus filius poteſt matrem exhæredare, vt rectè conſiderat Mantica *loco citat.* licèt alij contradicant. Tertiò addunt aliqui, idem eſſe ſi mater non ſit capax hęreditatis pupilli, quia non petijt ei tutorem. Sed hoc non videtur ad rem: quia in tali caſu non excluditur mater ex conjectura voluntatis teſtatoris, ſed per legem, ob illius culpam: & in hoc euentu pari ratione admittitur ſubſtitutus ex Pupillari tacita, atque quando mater repudiaret hæreditatem ipſius pupilli, juxta reſolutionem, quam ex communi ſententia tradidimus *ſect. præced.* §. 22. *numer.* 352.

Tandem ex conditione ſubſtituti con- 703
jectura ſumitur ad excluſionem matris, ſi ſubſtitutus per Vulgarem expreſſam ſit frater pupilli, & ipſius teſtatoris filius. Tunc enim rectè intelligitur, teſtatorem voluiſſe, vt per tacitam Pupillarem in expreſſa Vulgari contentam ſubſtitutus admitteretur, matre pupilli excluſa. Ita Gloſ. *vltim. in l. Precibus, fine, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ibi Barth. Angel. Caſtr. Alex. & Riminald. jun. *num.*621. Gloſ. *in l. Lucius verb. Ad matrem, ff. de Vul-*

Digitized by Google

Vulgari, & ibi Caſtr. Barthol. *in d. l. 2. numer. 44. ff. eod.* & ibi Alex. *num. 35.* Jaſ. *n. 42.* Socin. ſen. *num. 31.* & Ripa *num. 60.* alijque innumeri, quos referunt & ſequũtur Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 3. ſub num. 10.* Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 15. num. 30.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 39. num. 77.* Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. cap. 12. num. 22.* & Fuſar. *de Subſtit. q. 157. num. 38.* à quibus pauci admodum diſſentiunt, qui audiendi non ſunt. Ratio eſt manifeſta, quia cùm nullus affectus vincat paternũ, *l. vltim. in princip. Cod. de Cura furioſi*, præſumendum eſt, teſtatorem voluiſſe præferre filium ſuum vxori pupilli matri, argum. *l. Cum auus, ff. de Condit. & demonſtr. & l. Cum acutiſsimi, Cod. de Fideicommiſſ. & l. Generaliter, §. Cum autem, Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Vnde cùm admiſsio, vel excluſio matris pendeat à voluntate teſtatoris, optimè in præſenti concluditur, matrem per tacitam Pupillarem excludi, & ſubſtitutum admitti. Quæ reſolutio non tantùm procedit quãdo ſubſtitutus eſt frater vtrinqe conjunctus pupilli, ſed etiam quando eſt conſanguineus tantùm, vt probat ratio adducta, & tenent Mantic. *d. lib. 5. cap. 14. numer. 22. aliàs, num. 27. in nouiſsima edit.* Menoch. *d. præſumpt. 39. num. 82. & ſeqq.* Trentacinq. *d. num 22. ad fin.* & cum alijs Fuſar. *ſupra, num 42.* licèt contrarium teneat Ruin. apud Menoch. *cit.* Similiter dicendum, quando ſubſtitutus eſſet nepos teſtatoris: nam hic etiam præſumitur magis ei dilectus, quàm vxor, vel quilibet alius extraneus, vt probat *d. l. Cum auus, & ſimil.* Et ita docet Menoch. *ſupra, num. 81. fine*, poſt Ripa *in d. l. Lucius, num. 40. verſ. Sed parcat, ff. de Vulgari.*

704 Si quæras, an prædicta reſolutio procedat, quando teſtator ſimul cum filio ſubſtituiſſet quemdam extraneum? Reſpondet negatiuè Menoch. *d. præſumpt. 39. num. 86.* & Intrigl. *de Subſtit. cent. 1. q. 92. num. 123.* poſt Curt. jun. *in d. l. Precibus, col. pen. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* quos ſequitur Fuſar. *d. q. 157. num. 45.* At certè illa extranei ſocietas, qua hi DD. mouentur, non videtur ſatis efficax motiuum ad filium matri pupilli poſthabendum. Vnde contrariam opinionem tenet non improbabiliter Rimin. jun. *in d. l. Precibus, num. 626.* prout illum refert Fuſar. *citat. num. 46.* Cur enim extranei ſocietas nocebit filio, vt per matrem excludatur, & non magis filij ſocietas proderit extraneo, vt contra matrem admittatur.

Præterea, attenta conditione ſubſtituti, dubitabis, vtrum ſi frater teſtatoris 705 ſubſtitutus ſit, admitti debeat contra matrem pupilli ex tacita Pupillari, ſicut teſtatoris filius? Reſpondent negatiuè Barthol. *in d. l. 2. num. 41. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Socin. ſen. & Ripa *num. 61.* vbi dicit eſſe communem ſententiam Guil. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num. 98. de Teſtament.* Dec. *conſil. 315. num 6.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 15. num. 32.* Menoch. *d. præſumpt. 39. numer. 87. & ſeq.* Trentacinq. *d. cap. 12. num. 22. fine*, & multi alij, quos refert Fuſar. *d. q. 157. numer. 50.* Ratio eſt, quia non idem fauor præſtatur fratri, qui liberis, & parentibus, vt probat text. *in l. 3. §. 1. ff. de Leg. præſtan.* neque tam vehemens eſt præſumptio voluntatis pro fratre ſicut pro filio, vnde vulgatum eſt, & experientiâ compertum, quòd fratrum quoque gratia rara eſt. Ergo ex eo quòd ſubſtitutus ſit frater teſtatoris ſufficiens conjectura non ſumitur ad matris excluſionem. Contraria tamen ſententia non videtur improbabilis, pro qua nonnullos DD. refert Menoch. *loc. cit.* & Fuſar. *num. 49.* vbi tamen malè pro ea adducit Barthol. *in d. l. Precibus num 13.* nam ibi ſolùm dicit, quòd mater excluditur, quando teſtator ſubſtituit fratrem fratri, ideſt, fratrem pupilli. Procedet autem ſine dubio hæc ſecunda ſententia, quando teſtator voluit, vt bona conſeruarentur in familia, ſeu in agnatione, vel extaret alia conjectura, ex qua maior erga fratrem dilectio intelligeretur, Menoch. *vbi ſupra.*

Dubitabis vlteriùs, quid ſentiendum, 706 quan-

Digitized by Google

quando eſſet ſubſtituta mater teſtatoris? Reſpondetur, intelligi tunc teſtatorem voluiſſe, vt mater pupilli excluderetur, ſicut quando filius eſt ſubſtitutus. Ita Barth. *in d.l.2. in princip. num.* 45. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *in fine*, Iaſ. *num* 44. Socin. ſen. *num* 32. Ripa *num.* 61. & alij, Mantica *d. tit.* 15. *num.* 33. Menoch. *d. præſumpt.* 39. *num.* 89. Trentacinq. *d. cap.* 12. *num.* 23. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 157. *num.* 53. Ratio eſt, quia eadem eſt præſumptio affectionis erga parentes, atque erga filios, *d. l. 3. ff. de Legat. præſt.* Neque obſtat, ſi cum quibuſdam Aduerſarijs dicas, matrem pupilli in ejus ſucceſsione ab inteſtato præferri auiæ. *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* & ſic deberi etiam præferri, quando agitur de ſucceſsione ex tacita Pupillari: quia reſpondetur, non valere conſequentiam; nam ex Pupillari ſucceditur juxta voluntatem, & affectionem teſtatoris, qui præſumitur magis diligere ſuam matrem, quàm matrem pupilli.

Dubitabis tandem, vtrùm quando cau-
707 ſa pia eſt vulgariter pupillo ſubſtituta, debeat intelligi, voluntatem teſtatoris fuiſſe, vt illa contra matrem pupilli admittatur ex tacita Pupillari? Reſpondetur affirmatiuè ex communi ſententia, quam tenent Caſtr. *in d.l. Precibus, numer.* 8. *Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Iaſ. *num.* 8. & Rimin. jun. *num.* 235. & multi alij, quos citant, & ſequuntur Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 3. *num.* 10. *fine*, Mantica *d. tit.* 15. *num.* 34. *& ſeqq.* Menoch. *d. præſumpt.* 39. *num.* 90. & Fuſar. *d. q.* 157. *num.* 55. licèt non deſint etiam multi, qui contrarium ſentiant, vt apud proximè citatos videri poteſt. Quocirca Emman. Coſta *in cap. Si pater, 2. p. verb. Ipſis pauperibus, num.* 5. *de Teſtament. in* 6. multis in vtramque partem citatis DD. dicit, deciſionem hujus articuli eſſe ſatis dubiam. Minimè tamen à ſuperiori ſententia communi recedendum arbitror; tum propter auctoritatem, cùm plerique & grauiſsimi DD. illam ſequantur; tum quia in dubio potiùs eſt fauendum piæ cauſæ: tum denique ob eam rationem, qua omnes hujus partis defenſores nituntur; quia quod teſtator ad pias cauſas relinquit, cenſetur animæ ſuæ relinquere, ad bonum ſcilicet ſpirituale illius: & vnuſquiſque magis cenſetur diligere propriam animam, quàm vxorem. Alia fundamenta adducit, & expendit Mantica *loc. citat.* vbi etiam diſputat, vtrùm hæc reſolutio procedat in eo, qui in peccato mortali deceſsit? Illum conſule, & vide etiam, quæ circa hoc diximus *diſp. 2. ſect. 9. §. 1. num.* 269. *&* 281.

Illud quoque hìc aduerte, quòd etiam 708
ſtando in ſententia contraria, mater per tacitam Pupillarem excluditur, quando cauſa pia fuit ſubſtituta pro exoneratione conſcientiæ de malè ablatis; ſiquidem tunc fortior ſtat præſumptio, teſtatorem voluiſſe ſuæ animæ cum effectu conſulere, non obſtante matris exiſtentia. Atq; ita relatis multis docent Couar. *in cap. Raynutius, §. 4. num. 6. verſ. Qua in re de Teſtament.* & Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. cap. 12. num. 24. & ſeq.* qui ſolùm in caſu, quo pia cauſa eſt ſubſtituta pro malè ablatis, prædictam communem ſententiam admittunt: & plures idem ſentientes refert Fuſar. *d. q. 157. num. 57.*

Quæ hactenus circa pupilli matrem 709
dicta ſunt, pari ratione procedunt in alijs pupilli aſcendentibus, quos ille præterire non poſſet, ſi per ſe faceret teſtamentum, vt tenent Barth. *in d. l. 2. in princip. num. 34. & ſeq. ff. de Vulgari*, & ibi Aret. *col. antepen.* Ripa *num.* 47. & Socin. jun. *num.* 100. Zaſ. *de Subſtit. in materia Pupillaris, num.* 26. Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 39. fine*, Trentacinq. *de Subſtitut. p. 1. cap. 12. num. 8. & 9.* & cum alijs Fuſar. qui omnes loquuntur in ſpecie de patre pupilli, & de auia materna, & paterna, eoſq; matri æquiparant, quoad hoc vt quemadmodum, ſecluſis conjecturis in contrarium, mater non excluditur per tacitam Pupillarem, ſic etiam illi non excluduntur. Cæterùm eadem in alijs aſcendentibus eſt ratio, vt conſideranti patebit. Habebit autem hæc reſolutio locum in patre, quando ex eo emancipato auus nepotem in poteſtate retentum

tum

Digitized by Google

tum hæredem inſtituiſſet, eique extraneum vulgariter ſubſtituiſſet; & talis nepos per mortem aui non recideret in poteſtatem patris ſuperſtitis, vt quia pater tunc eſſet profeſſus in aliqua Religione capaci ſuccedendi, vt per ſupradicta *§. præced. in fine*. Eandem ſententiam quoad auiam tam maternam, quàm paternam, imò & quoad proauum tradit in ſpecie cum alijs Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.5. tit.14. num. 22. aliàs in nouiſſima edit. num* 26. In patre autem credit aliter dicendum, ſcilicet, eum excludi per tacitam Pupillarem, quanuis aliud ſit in matre. Sed reuerà ſufficienti fundamento non nititur. Si autem pater mala mente fuiſſet exhæredatus, tunc proculdubio per tacitam Pupillarem nepoti factam excluderetur, vt bene cum Guilliel. de Cun Salic. Alex. & Socin. jun. tradit idem Mantica *num.* 21. *aliàs num.* 25. quòd etiam aduertit Trentacinq. *d. cap.* 12. *num.* 9. *fine*. Quia reſpectu filij ſic exhæredati ceſſat omnino præſumptio, quòd pater noluerit eum excludere.

710 Vtrùm etiam in fratre pupilli locum habeant, quæ circa matrem dicta ſunt: ita vt quemadmodum mater, ſecluſis conjecturis, non excluditur per tacitam Pupillarem, ſic etiam non excludatur, frater, præſertim vtrinque conjunctus? Reſpondetur negatiuè, cum Barthol. *in d.l.* 1. *num.* 26. & ibi Ripa *num.*48. Jaſ. *num.*34. Socin.ſen. *num.*25.& Socin.jun. *num.*107. Corn. *conſil.* 276. *col.* 4. *lib.*3. Mantica *d.lib.5.tit.* 14. *num.* 22. *aliàs in nouiſsima edit. num.* 27. & Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 1. *cap.* 12. *num.* 10. qui poſt alios teſtatur, hanc ſententiam eſſe communem. Et quidem pauci admodum refragantur, quos refert Mantica *ſupra*,& Fuſar. *de Subſtit. q.*158. *num.*2. Fundamentum eſt, quia ſi pater per Vulgarem expreſſam excluſit filium ſuum fratrem pupilli, eique prætulit extraneum in ſua hæreditate, rectè inde colligitur, quòd voluit etiam eum excludi per tacitam Pupillarem in illa Vulgari contentam, ab hæreditate fratris nullo jure ei debitâ. Limitat autem Barth. hanc reſolutionem, vt non procedat quando pater ſubſtituit vulgariter extraneum in fauorem filij fratris pupilli, vt ſi ei reliquit multa legata, nec voluit eum grauare oneribus hæreditarijs. Quam limitationem approbant plerique, vt apud citatos videre licet.

§. 17. *De quarto & vltimo effectu Pupillaris ſubſtitutionis, qui eſt, vt ſubſtitutus, quem pater ſibi hæredem Suum, & neceſſarium fecit, talis etiam efficiatur reſpectu pupilli.*

SUMMRAIUM.

AD hunc effectum ſatis eſt, quòd pater potuerit efficere ſubſtitutum hæredem Suum, vt ſi vni filio ſubſtituit pupillariter alium filium, quem inſtituerat ſub conditione, Si volet eſſe hæres; *num.*711.

*Hæreditas fraterna ſi ſit delata ex Pupillari ſubſtitutione tranſmittitur ex potentia Suitatis; num.*712.

*Prædictus effectus impeditur per arrogationem ſubſtituti; num.*713.

QVartus in ordine, & vltimus Pupillaris ſubſtitutionis effectus eſt, vt ſubſtitutus, quem pater fecit hæredem Suum & neceſſarium, quia erat de liberis quos pater habebat in poteſtate, etiam ex ipſa Pupillari fiat hæres Suus, & neceſſarius reſpectu pupilli. Conſtat hic effectus per text. *in l.* 2. *§. Prius*, ibi: *Vt quos quis ſibi facit neceſſarios, etiam filio faciat, & in l. Sed ſi plures, §. Quos poſſum, ff. de Vulgari*, illumque agnoſcunt DD. communiter, vt Barth. *in d. l.* 2. *numer.* 46. *& in d. §. Quos poſſum*, vbi etiam Imola, Alex. Jaſ. Caſtr. & alij, *& in ſuis tractatibus de Subſtitut. in materia Pupillaris*, Baldus, Barthol. de Hucio, Polit. Zaſ. Leon. & cum alijs Trentacinq. 2. *p. cap.* 17. *numer.* 1. 711

Digitized by Google

Aduerte autem, quòd ad hunc effectum
ſatis eſt quòd pater potuerit efficere ſub-
ſtitutum hæredemSuum,ſeu neceſſarium.
Nam ſi filium inſtituas ſub conditione,*Si
voluerit eſſe hæres*,talis filius non fiet hæ-
res neceſſarius, ſed voluntarius, ut alibi
ex communi ſententia tradidimus; & ta-
men ſi eum ſubſtituiſti pupillariter alteri
filio,erit hæres neceſſarius illius; quia ſuf-
ficit,quòd potueris eum tibi facere hære-
dem neceſſarium Probatur hoc per tex.
in d. §. Quos poſſum, ubi Caſtr. & Iaſ.
idemque notat Trentac.ſupra *n.2.*

Hinc ſequitur, quòd licèt hęreditas
712 fraterna non tranſmittatur ex potẽtia Sui-
tatis, *l. Quoniam ſororem, C. de Iure de-
liber.* hoc non procedit, quando talis hæ-
reditas fuit delata ex Pupillari ſubſtitu-
tione;quia tunc eadem de illa eſt ratio at-
que de paterna hærediSuo delata, quæ li-
cet adita non ſit, ex ipſa tamen Suitatis
potentia tranſmittitur, & ita docet Bart.
*in d.l.2. n.46 fine, ff. de Vulgari,& in d.
§.Quos poſſum*, ubi etiam Imola, Caſtr.
& Alex. eſtque ſententia communis,teſte
Trentac. *d. c.17. n.* 3. qui alios etiam re-
fert.

713 Impeditur autem prædictus effectus,
quando pupillariter fratri ſubſtitutus,
poſt patris teſtatoris mortẽ, & ante mor-
tem pupilli, ſe dediſſet alicui in arroga-
tionem, & tempore quo caſus ſubſtitu-
21 tionis euenit, in arrogatoris poteſtate re-
periatur;nam eo ipſo quòd tũc eſt in po-
teſtate alterius, hæres Suus & neceſſarius
reſpectu fratris eſſe non poteſt: ſic Alex.
& Jaſ. *in d. §. Quos poſſum*,Gloſ. *in
l.3.§. Aperte, ff.de Hæred.inſ-
tit.* & ibi Angel. quos ci-
tat & ſequitur Tren-
tac. *d.c.17. in
fine.*

(:)

§. 18. *Quando expiret Pupillaris ſubſ-
titutio ob defectum ex parte teſtato-
ris, vel teſtamenti?*

SVMMARIVM.

E*X quibus capitibus vniuerſim lo-
quẽdo Pupillaris ſubſtitutio finia-
tur? n.714.*

*Pupillaris ſubſtitutio finitur ob cauſam
ex parte teſtatoris.1.Si teſtator damne-
tur ad mortem naturalem, vel ciuilem.
2.Si teſtator maior 20. annis paſſus eſt
ſe venundari ad participandum de pre-
tio. 3. Si fecit aliud teſtamentum va-
lidum.n.715. 4.Si ingrediatur Religio-
nem ſuccedendi capacem,& in ea profi-
tetur, n.716.*

*Pupillaris ſubſtitutio perit, ſi teſtamen-
tum non confirmatur aditione hæredi-
tatis: quod limitatur in aliquibus ca-
ſibus.d.n.716.*

*Perit etiam Pupillaris,quando teſtamẽ-
tum rumpitur agnatione poſthumi ig-
noranter præteriti.n.717.*

Cauſæ omnes, ex quibus Pupillaris
ſubſtitutio finiri & extingui poteſt,
ad quatuor veluti capita reducuntur.Pri-
mum,ex parte teſtatoris, vel teſtamenti.
Secundum,ex parte ſubſtituti:tertium,ex
parte impuberis, cui ſubſtitutio facta eſt.
Quartũ,ex parte ipſius ſubſtitutionis ſe-
cundùm ſe ſpectatæ. De primo dicemus
in hoc §. de ſecundo & tertio in ſequen-
tibus; de quarto non eſt cur ſpeciatim
trectemus; nam prout ab alijs diſtingui-
tur, & à Bartholo, cæteriſque DD. in
præſenti accipitur, ſolùm concernit ſubſ-
titutionem, quæ facta eſt ſub aliqua con-
ditione extrinſeca, ex cujus defectu eua-
neſcat, vt quę fuerit reſtricta ad breuius
tempus, quàm ætatis pupillaris, veluti
quãdo dictũ eſſet,*Si filius meus in infan-
tia moriatur, vel antequam expleat decẽ
annos ætatis ſubſtituo*,&c. Quare ad hoc
vlti-

vltimum caput ſolùm ſpectant defectus conditionum extrinſecarum, ſub quibus pupillariter ſubſtitui poteſt; circa quos nihil ſpecialiter notandum venit: nam quod hìc conſiderari poſſet, eſſe quaſdã conditiones, quæ habentur pro non adjectis, & quaſdam quæ in certis caſibus habentur pro impletis: quarum proinde defectus non vitiabit ſubſtitutiones, quibus fuerunt adjectæ, hoc eſt quid generale, non magis ſpectans ad ſubſtitutiones, quàm ad quaſlibet alias vltimas voluntates, quibus tales conditiones fuerint adjectæ: ac de hujuſmodi conditionibus jam ſatis à nobis dictum eſt *diſp.* 3. *ſect.* 8. §. 2. *& ſeqq. & ſect.* 9. §. 2.

715 Quod verò attinet ad primum, ideſt, ad cauſas & defectus ex parte teſtatoris, vel teſtamenti. Conſtat primò Pupillarem ſubſtitutionem extingui, ſi teſtator ob aliquod crimen damnetur ad mortem naturalem vel ciuilem, per quam damnationem reddatur inteſtabilis; juxta ſupra dicta *diſp.* 1. *ſect.* 2. §. 6. quia taliter damnati non ſolùm priuantur facultate teſtandi, ſed ſi teſtamentum antea fecerant, tale teſtamentum ipſo jure fit irritum, vt per text. *in l. Ejus qui, §. Si cui, ff. de Teſtament. & in l. Si quis filio, §. Irritum, ff. de Injuſto rupto, & irrit. teſtam.* & in §. *Alio quoque, Inſtit. Quibus mod. teſtam. infirm.* & à nobis latiùs declaratũ eſt *d.* §. 6. *num.* 66. *&* 82. *& ſeqq.* irrito autem facto teſtamento, etiam Pupillaris ſubſtitutio, quæ pars illius eſt, corruit, *l. Si quis eum, §. fin. ff. de Vulgari.* Et ita per prædicta jura docet Barth. *in l. In pupillari, n.* 2. *ff. de Vulgari,* Leon. *de Subſtitution. in materia Pupillaris, numer.* 279. Trentacinq. *de Subſtitution.* 2. *p cap.* 19. *num.* 1. & cæteri communiter, teſte Fuſar. qui plures refert *q.* 145. *de Subſtit.* Conſtat ſecundò, corruere etiam Pupillarem, ſi teſtator maior viginti annis paſſus eſt ſe venundari ad participandum de pretio: quia etiam in hoc caſu fit irritum teſtamentum antea conditum, *d. §. Irritum.* Conſtat tertiò idem eſſe, ſi teſtator fecit aliud teſtamentum validum; cùm per hoc irritetur ſimpliciter quodlibet antea factum, etiam pupillare, *d. l. Si quis eum, §. fin. ff. de Vulgari.*

Conſtat quartò, euaneſcere Pupillarem ſubſtitutionem, ſi teſtator ingrediatur Religionem ſuccedendi capacem, & in ea profiteatur: ſecùs autem ſi profiteatur in Religione incapaci, vt in ordine Minorum; prout latè quoad vtramque partem tradidimus §. 6. *num.* 538. *&* 544. *cum ſeqq.* vbi ſpeciatim declarauimus quid juris ſit, quando teſtator ingreſſus eſt Societatem JESV, & in ea emiſit vota Biennij, vel profeſsionem ſolemnem, aut factus eſt Coadjutor formatus? Conſtat quintò, perire ſimiliter dictam ſubſtitutionem, ſi teſtamentum non confirmetur aditione hæreditatis, vt per *l.* 2. *in princip. verſ. Adeo autem, ff. de Vulgari*; quod intelligendum eſt cum declarationibus, & limitationibus traditis §. 7. *num.* 581. *& ſeq.* 716

717 Sextò & vltimò conſtat, quòd ſecundùm jus antiquum, Pupillaris ſubſtitutio corruit, quando teſtamentum rumpitur agnatione poſthumi qui fuit præteritus, *l. Si pater filium, ff. de Vulgari,* & notat Barth. *in d. l. In pupillari, num.* 2. *ff. eod.* Dixi autem ſecundùm jus antiquum; nam hodie per *Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præteritis,* quando teſtamentum rumpitur ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis, tabulæ pupillares conſeruantur, juxta communem ſententiam, quam multis citatis tradidimus §. 7. *num.* 558. *& ſeqq.* & ita in ſpecie docet Barthol. *dict. numer.* 2. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 2. *cap.* 19. *numer.* 1. & cæteri communiter in hac materia. Id verò intellige, niſi teſtator ignoranter, vel per errorem poſthumum præterijſſet, vt quia putabat vxorem eſſe mortuam, cùm illa reuerà ex eo eſſet grauida, & poſtea eo jam defuncto, vel etiam viuo, filium peperit: tunc enim ſi alteri filio extraneum pupillariter ſubſtituit, talis ſubſtitutio minimè conſeruatur; quia non præſumitur, teſtatorem voluiſſe in hæreditate pupilli præferre extraneum filio *l. Cum auus, ff. de Condit. & demonſtr.*

Digitized by Google

l. Cum acutiſsimi, Cod. de Fideicommiſſ. & dictum eſt ſupra, *d. §. 7. num.* 563. vbi DD. citaui, quibus adde Barth. *in d. Auth. Ex cauſa, num. 6. verſ. Quid dicendum.* vbi in ſpecie hanc noſtram limitationem probat per *l. 1. Cod. de Poſthumis hæred. inſtit.* & alia jura, quibus ſtatuitur per natiuitatem poſthumi rumpi omnino teſtamentum, ita vt nihil ex eo debeatur, quæ jura oſtendit non eſſe correcta per *d. Auth. Ex cauſa*, pro caſu quo poſthumus eſt præteritus, ignorante teſtatore vxorem eſſe prægnantem.

§. 19. Quando Pupillaris ſubſtitutio expiret ob defectum ex parte ſubſtituti?

SUMMRAIUM.

Pupillaris ſubſtitutio corruit ſi ſubſtitutus tempore mortis pupilli reperiatur incapax ſuccedendi: ſecùs verò ſi ſolùm eſſet incapax, quando teſtator obijt. Neque oportet quod ſit capax ſuccedendi in bonis, quæ pupillus habuit à patre, num. 718.

Perit etiam dicta Pupillaris, ſi ſubſtitutus impugnet teſtamentum principale per contra tabulas, ſiue obtineat, ſiue ſuccumbat, num. 719.

Si ſubſtitutus ante pupillum moriatur, extinguitur Pupillaris ſubſtitutio, neque ſpes ſuccedendi ex illa ad hæredes ſubſtituti tranſmittitur, num. 720.

Ex diſpoſitione juris in l. Qui patri, ff. de Acquir. hæredit. *quando pupillariter ſubſtitutus fuit etiam inſtitutus, & hæreditatem ex inſtitutione adiuit, tranſmittit ſpem ſuccedendi ex ſubſtitutione ad ſuos hæredes, etiamſi ante pupillum moriatur, propter quoddam jus accreſcendi, quod in tali caſu interuenit, & qualenam ſit hoc jus? num.* 721. *& ſeq.*

Vtrùm in prædicto caſu hæres ſubſtituti ſuccedat in hæreditate pupilli ex dicto jure accreſcendi, vel potiùs ex ſubſtitutione? num. 723.

Vtrùm præfata diſpoſitio l. Qui patri, *quòd pupillariter ſubſtitutus & ſimul inſtitutus, qui adiuit ex inſtitutione, tranſmittit ſpem ſuccedendi ex ſubſtitutione, locum habeat etiamſi pupillus paternam hæreditatem repudiet? num.* 724. *& ſeq.*

Vtrùm locum etiam habeat præfata diſpoſitio, quando pupillus fuit exhæredatus? num. 726.

Præfata diſpoſitio d. l. Qui patri, *locum ſimiliter habet, quando pupillus fuit tantùm inſtitutus in re certa, ſubſtitutus autem fuit inſtitutus vniuerſaliter, num.* 727. *Secùs autem econtra, ſi pupillus eſſet inſtitutus vniuerſaliter, ſubſtitutus autem particulariter, & quomodo id ſit intelligendum? numer.* 728.

Vtrùm dicta diſpoſitio locum habeat in Pupillari tacita comprehenſa in Vulgari expreſſa? num. 729.

Vtrùm procedat etiam dicta diſpoſitio l. Qui patri, *quando poſt mortem pupilli ſuperſunt alij pupillariter ſubſtituti, qui etiam fuerunt inſtituti, & patri hæredes extiterunt? num.* 730 *& ſeqq.*

Si teſtator vni impuberi ſubſtituit pupillariter alium impuberem, & huic ſubſtituit ſimiliter Titium, vtrùm moriente primo ſubſtituto in vita inſtituti, Titius vtrique ſuperſtes ſuccedat per Pupillarē inſtituto vltimo morienti? num. 733. *& ſeq.*

Quando pupillariter ſubſtitutus moritur ante pupillum, tranſmittit ſpem ſuccedendi ex ſubſtitutione, ſi adſint conjecturæ, ex quibus ſufficienter conſtet, eam fuiſſe voluntatem teſtatoris, & quæ conjecturæ ſufficiant? num. 735 *remiſsiuè.*

Diſpoſitio d. l. Qui patri, *tradita numer.* 721. *ceſſat, ſi ex conjecturis intelligatur, teſtatorem aliud voluiſſe, & quæ iſtæ ſint conjecturæ? ibid. remiſsiuè.*

Vtrùm pupillariter ſubſtitutus admittatur, ſi dubium ſit, an ipſe, vel pupillus prius deceſſerit? num. 736.

Cir-

Digitized by Google

718 Circa ſecundum caput, quod eſt ex parte ſubſtituti, conſtat primò expirare Pupillarem ſubſtitutionem, ſi ſubſtitutus tempore mortis pupilli reperiatur incapax ſuccedendi, vt quia tunc eſt deportatus. Ita omnes per text. *in l. Si is qui hæres, ff. de Vulgari.* Econtra verò, ſi tempore quo pupillus moritur ſit capax, nihil officiet quòd fuerit incapax quando teſtator obijt, licèt fuerit etiam inſtitutus, vt ſi tunc erat deportatus, tempore verò, quo pupillus deceſsit, erat reſtitutus: in tali enim caſu rectè poterit ex ſubſtitutione ſuccedere; vt etiam expreſsè habetur *in d. l. Si is qui hæres,* & notat Leon. *de Subſtit. in materia Pupillaris, num.* 284. *& ſeq.* qui tamen rectè addit, hoc eſſe intelligendum, dummodò alius capax fuerit inſtitutus, qui hæreditatem adierit: nam ſi fortè pupillus, cui facta eſt ſubſtitutio, fuit exhæredatus, vel licèt fuerit inſtitutus, tamen nec ipſe, vel aliquis alius capax hæreditatem adijt, nô ſolùm teſtamentum principale, ſed neque ipſa ſubſtitutio ſtare poteſt, *l.* 2. *in princ. verſ. Adeo autem, ff. de Vulgari.* Hîc etiam aduerte, quòd vt Pupillaris ex prædicto defectu corruat, opus eſt vt ſubſtitutus ſit ſimpliciter incapax ſuccedendi pupillo. Nam ſi tantùm ſit incapax ſuccedendi in aliquibus ejus bonis, ſubſtitutio non corruet: vt quando fuit ſubſtitutus filius ſpurius teſtatoris; qui filius, licèt non ſit capax ſuccedendi in bonis, quæ pupillus habuit à teſtatore, per hoc non tollitur quominus ex ſubſtitutione poſſit ſuccedere in alijs bonis pupilli. Et idẽ ſuo modo eſt in filio naturali, quando exiſtunt alij legitimi; ſiquidem poteſt ex ſubſtitutione ſuccedere in bonis, quæ pupillus habuit aliunde quàm à patre, non autem in bonis quæ à patre habuit, exceptâ vnâ vnciâ, quam pater ei potuit relinquere; prout hæc omnia latè tradidimus §. 11. *num.* 618. *& ſeqq.* & in ſpecie de filio naturali aduertunt Leon. *loco citato, num.* 286. & Trentacinq. *de Subſt. p.* 2. *cap.* 19. *n.* 2. conſtatque per *l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari.*

Conſtat ſecundò, perire ſubſtitutionem Pupillarem, ſi ſubſtitutus impugnet teſtamentum principale per contra tabulas, ſiue obtineat, ſiue ſuccumbat, *l. Is qui contra tabulas, ff. de Vulgari.* Licèt enim expugnato principali teſtamento per cõtra tabulas, non rumpatur teſtamentum pupillare, vt probat text. *in l. Ex duobus §. fin. & in l. Etſi contra tabulas, ff. eod.* & dictum eſt *ſupra, §.* 7. *num.* 531. Attamen in caſu propoſito ſubſtitutus repellitur, quia hoc ipſo quòd tentauit expugnare teſtamentum principale, factus eſt indignus conſequendi aliquid ex Pupillari, & ita ſiue obtineat, ſiue ſuccumbat, à ſubſtitutione repellitur: quamuis ſi obtineat à bonis teſtatoris non excludatur; prout hęc omnia bene declarat Gloſ. *in d. l. Is qui contra tabulas.* 719

Conſtat tertiò Pupillarem ſubſtitutionem extingui ſi ſubſtitutus ante pupillum moriatur: non enim tranſmittitur ad hæredes ſpes ſuccedendi ex Pupillari, *l. Sed ſi plures, in princip. ff. de Vulgari,* & ibi DD. *& in l. Qui habebat,* vbi Gloſ. *verb. Non pertinere,* Barth. & alij *ff. eod.* Ratio eſt, quia relicta conditionalia nullum jus tribuunt ante euentum conditionis, & ſi perſona honorata moriatur antequam conditio eueniat, non tranſmittitur relictum ad ejus hæredes, vt eſt text. *in l. vnica, §. Sin autem aliquid, Cod. de Caduc. tol.* & tenent omnes. Igitur cùm Pupillaris ſubſtitutio fiat ſub conditione, *Si inſtitutus decedat in pupillari ætate,* planè ſi honoratus, nempe ſubſtitutus, moriatur antequam illa conditio eueniat, nihil juris ex ſubſtitutione ad ſuos hęredes tranſmittet, & ſic ipſam ſubſtitutionem extingui neceſſe eſt. Id quod ſimiliter procedit in cęteris ſubſtitutionibus, quando ſubſtitutus moritur antequam eueniat earum caſus, ſeu conditio, ſub qua factæ ſunt, vt aduertit Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic.* 31. *numer.* 6. *poſt med.* & conſtat per *l. Toties, ff. de Acquirend. hæredit. cum concord.* 720

Eſt autem celebris limitatio hujus reſo- 721

ſolutionis *in l. Qui patri, ff. de Acquir. hæred.* vbi quando ſubſtitutus pupillariter fuit etiam inſtitutus, & hæreditatem ex inſtitutione adiuit, ſpem ſuccedendi ex ſubſtitutione ad ſuos hæredes tranſmittit, etiam ſi viuo pupillo mortuus ſit. Et redditur ibidem ratio, quæ magis explicata, ſecundùm communem intellectum, ſic habet. Nam ſubſtitutus, qui etiam fuit inſtitutus, & ex ipſa inſtitutione paternam hæreditatem adiuit, compellitur agnoſcere etiam hæreditatem pupilli, eueniente caſu ſubſtitutionis, & conjungere illam cum paterna, itaut vna accreſcat alteri, non ſecùs, nec minori neceſſitate, quàm ſi eſſent duæ portiones ejuſdem hæreditatis: vnde in hoc caſu non ſolùm interuenit virtus ſubſtitutionis, ſed etiam jus accreſcendi neceſſarium: jus autem accreſcẽdi ſuâpte naturâ habet, quòd tranſmittatur ad hæredes, etiam pendente conditione, *l. Si ex pluribus, ff. de Suis, & legit. hæred.* Ergo in præſenti caſu jus accreſcendi, ex quo ſubſtitutus compellebatur agnoſcere hæreditatem pupillarem, ad ejus hæredes tranſijt, nihil obſtante, quòd deceſſerit pendente adhuc conditione mortis pupilli: & ſic ſpes ſuccedendi ex Pupillari in caſu propoſito ad hæredes tranſmittitur. Atque hæc eſt communis omnium ſententia, juxta quá communiter dici ſolet, prædictam generalem reſolutionẽ non procedere, quando Pupillaris ſubſtitutio eſt vnita cum jure accreſcendi.

722 Hìc autem aduerte prædictum jus accreſcendi eſſe irregulare, ideſt, deficiens à regulis, & naturâ juris accreſcendi ordinarij: hoc enim non habet locum poſt agnitam hæreditatem, de cujus acquiſitione agitur, vt patet ex *l. Si Minor, ff. de Acquir. hæredit.* vbi ſi Minor adiuit, licèt poſtea ſit reſtitutus aduerſùs aditionem, non compellitur cohæres portionẽ illius recipere per jus accreſcendi, eo quòd ejus neceſſitas fuerit extincta per aditionem: quod ſecùs eſſet, ſi Minor non adiuiſſet, *l. Qui ex duabus, §. fin. ff. eod.* At verò in pręſenti admittitur jus, & neceſſitas accreſcendi; reſpectu hæreditatis agnitæ à pupillo. Præterea jus accreſcendi ordinarium habet locum in portione ejuſdem hæreditatis, non autem in hæreditate diuerſa, *l. Si ſub conditione, in fine, ff. Quibus mod. vſusfructus amittatur*: in præſenti verò trahitur ad hæreditatem diuerſam, nempe pupilli, cujus hæreditas eſt diuerſa à paterna, pręſertim quoad bona à patre non profecta. Notant hęc diſcrimina Barthol. Bald. Caſtr. & cęteri communiter *in d. l. Qui patri*: vnde dicunt hanc legem eſſe valde ſingularem, & continere caſum ſpecialiſſimum contra multas juris regulas, ideoque non paucæ circa illum ſunt quæſtiones.

Primò quæritur, vtrùm hæres ſubſti- 723
tuti *in d. caſu l. Qui patri*, ſuccedat in hæreditate pupilli ex dicto jure accreſcendi, vel potiùs ex ſubſtitutione? Gloſ. *in d. l. Toties, verb. Subſtitutionem, ff. de Acquir. hæred.* & Gloſ. *in d. l. Qui patri*, & ibi Barth. & Angel. tenent, ſuccedere ex jure accreſcendi, cùm illud, & non ſubſtitutio, ex ſua natura habeat, poſſe tranſire ad hæredes, pendente conditione, quanuis quòd trahatur ad hæreditatem diuerſam, & jam agnitam, participet ex vnione, & influxu ipſius ſubſtitutionis. Alij verò, vt Bald. Caſtr. Imol. Alex. & Aretin. *in ead. l. Qui patri*, Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap. 14. num. 10.* & cęteri communiter ſentiunt, hæredes ſubſtituti ſuccedere virtute ſubſtitutionis, influente in illam ipſo jure accreſcendi, cui vnita eſt, vt non pereat, nec impediatur per mortem ſubſtituti ante euentum conditionis, quominus ejus vis ad hæredes tranſeat. Cæterùm parum meo judicio refert, vtrum cum his potiùs, aut cum illis ſentias. Nam ſiue hoc titulo, ſiue illo, hæredes admittantur, ſemper ſtat quòd ſuccedunt in tota hæreditate pupilli, tam quoad bona, quæ pupillus habuit à patre, quàm quæ aliunde. Dicit autem Trentacinq. *ſupra*, vtilitatem hujus quæſtionis eſſe, quòd in ſententia admittente, eos ſuccedere ex jure accreſcendi, ſi portio grauata accreſcat non grauatæ, non eſt locus contributioni in deducenda Falcidia, juxta, *l. Quòd ſi alterutro, ff. Ad leg. Falcid.*

cid. In ſententia verò tenente, eos admitti virtute ſubſtitutionis, portio minùs grauata accreſcens magis grauatæ facit locum contributioni, *l. Qui fundum, §. fin.* & ibi Barth. *ff. Ad leg. Falcid.* cujus diſtinctionis veritatem alijs examinandam relinquo.

724 Secundò quætitur, vtrum præfata diſpoſitio, *d. l. Qui patri,* habeat locum, ſi pupillus paternam hæreditatem repudiet? Reſpondent negatiuè Gloſ. *in l. vnica, §. Sin autem aliquid, verb. ſuperſtite, Cod. de Caduc. tol.* Barth. *in d. l. Qui patri, num.* 4. & alij apud Fuſar. *de Subſtit. q.* 164. *num.* 11. Mouentur quia illa diſpoſitio fundatur in eo, quòd ſubſtitutio in ſpecie *d. l. Qui patri,* eſt vnita cum jure accreſcendi, vt declaratum eſt: quando autem pupillus repudiauit hæreditatem paternam, non datur illa vnio, ſed manet ſubſtitutio nuda. Nam tunc ex jure accreſcendi capit ſubſtitutus portionem hæreditatis paternæ à pupillo repudiatam, cùm ponamus eum fuiſſe ſimul inſtitutum, & agnouiſſe ſuam partem; vnde nihil relinquitur capiendum ex ſubſtitutione, niſi tantùm hæreditas pupilli omnino ſejuncta à bonis patris, ad quam jus accreſcendi trahi non poteſt; ſiquidem hoc ſuâpte naturâ reſpicit partem ejuſdem hæreditatis, & in præſenti nulla jam pars hæreditatis paternæ reperitur in Pupillari, ratione cujus ad ipſam Pupillarem trahi poſsit; proindeque manet ſubſtitutio omnino deſtituta vnione, & influxu juris accreſcendi; & ſic non poteſt in ea habere locum dicta diſpoſitio *l. Cum patri.*

725 Contrariam tamen ſententiam, quòd etiam quando pupillus repudiauit, locum habeat dicta diſpoſitio, tenent meritò Bald. *in d. l. Qui patri, num.* 3. *verſ. Alij dicunt,* & ibi Caſtr. *num.* 8. Alex. *col.* 2. Roman. *col.* 3. Cuman. *col pen.* & Imola, Caſtr. *in l. Quidam elogio, Cod. de Iure deliber.* & Trentacinq. *in d cap.* 14. *num.* 12. *fine,* vbi ex Croto *in l. Re conjuncti, ff. de Leg.* 3. addit hanc eſſe communem opinionem. Probatur, quia *d. l. Qui patri,* fundatur in obligatione, & neceſsitate, ex qua ſubſtitutus, qui adiuit pro parte in qua fuit inſtitutus, compellitur agnoſcere poſtea hęreditatem pupilli: quam obligationem dicit tranſmitti ad hæredes ſubſtituti, ſi is ante pupillum moriatur: hæc autem obligatio non ſolùm datur, quando pupillus adiuit, ſed etiam quando non adiuit; nam in vtroque caſu ſubſtitutus, qui hæres patris extitit, tenetur agnoſcere hæreditatem pupilli, & cõjungere illam cum paterna, perinde acſi eſſent duæ portiones ejuſdem hæreditatis, quarum altera alteri accreſcit: & ſic in vtroque etiam caſu, decedente ſubſtituto ante pupillum, tranſmittitur ad ejus hæredem illa ipſa obligatio, & neceſsitas cõjungendi vtramque hæreditatem, ita vt ex vtraque vna hæreditas efficiatur. Neque jus accreſcendi, quod conſideratur, *in d. l. Qui patri,* & dicitur influere in Pupillarem ſubſtitutionem ad hoc vt ejus ſpes tranſmittatur, eſt aliud quàm neceſſitas, quæ oritur ex obligatione conjungendi hæreditatem pupillarem cum paterna, vt manifeſtè conſtat ex text. *in d. l. Qui patri:* quocirca non ſolùm habet locum in caſu quo pupillus adiuit, & portionem paternæ hęreditatis ſuæ hęreditati adjunxit, ſed etiam quando illam repudiauit, nec quidquam ex bonis paternis in ejus hæreditate reperitur: & ſic in vtroque caſu influit in ſubſtitutionem, vt ejus ſpes tranſmittatur: cujus oppoſitum non bene Aduerſarij aſſumunt: nam quod dicunt, jus accreſcendi ſuâpte naturâ tendere ad portionem ejuſdem hæreditatis, verum eſt in jure ordinario, & regulari; hîc autem agimus de jure accreſcendi irregulari, orto ex obligatione conjungendi duas hereditates, quod de natura juris ordinarij nihil aliud participat, niſi quãdam ſimilitudinem, & quòd ſit tranſmiſſibile ad hæredes, pendente adhuc conditione. Et hinc manet ſolutum fundamentum Aduerſariorum.

Tertiò quęritur, vtrum habeat locum d. diſpoſitio *l. Qui patri,* quando pupillus fuit exhæredatus? Reſpondent negatiuè Angel. *in d. l. Qui patri, verſ Ex prædictis,* & ibi Alex. *col.* 2. & Goffred. 726

Digitized by Google

num. 212. & Crotus *in l. Re conjuncti, col* 42 *ff. de Leg.* 3. quos citat, & ſequi videtur Trentacinq. *d. cap.* 14 *numer.* 14. Mouentur, quia cùm in hoc caſu nec actu, nec habitu vlla pars hæreditatis paternæ reperiatur conjuncta cùm pupillari, non poteſt in ſubſtituto, qui hæres patris extitit, conſiderari jus accreſcendi quod trahatur ad hæreditatem pupilli; ſublato autem hoc jure, ceſſat tranſmiſsio ſubſtitutionis ad hæredem ſubſtituti ante pupillum defuncti, vt eſt indubitatum. At hoc fundamentum per proximè dicta *numer. præcedenti* excluſum eſt; & ideo cõtrariam ſententiam tenent meritò Paul. Caſtr. *in d. l. Qui patri num.* 7. & ibi Roman. *col.* 3. & Imola *col.* 2. Crot. *in d. l. Re conjuncti, col.* 42. *verſ. Fallit & ſextò*, Caſtr. *in d. l. Quidam elogio, col. pen. Cod. de Iure deliber.* & alij. Quia quòd pupillus ſit exhæredatus, non tollit quominus ſubſtitutus, qui etiam fuit inſtitutus, & hæres patri extitit, teneatur agnoſcere hęreditatem pupilli, eueniente caſu Pupillaris, vt fatetur etiam Trentacinq. *ſub d. num.* 14. *verſ. In hac ſecunda:* talis autem obligatio tranſit ad hæredes, & etiam reſpectu illorum inducit jus accreſcendi, ideſt neceſsitatem conjungendi hęreditatem pupilli cum paterna, acſi eſſent duæ portiones ejuſdem hæreditatis, vt *num præced.* explicatum eſt, & conſtat per *d. l. Qui patri.*

727 Hinc colliges idem dicendum eſſe, quando pupillus fuit tantùm inſtitutus in re certa, ſubſtitutus autem inſtitutus vniuerſaliter. Nam tunc etiam ſubſtitutus hæres exiſtens ex inſtitutione tenetur agnoſcere hęreditatem pupilli, eamque conjungere paternæ, vt in caſibus duarũ proximarum quæſtionum: quæ obligatio ad hæredes tranſit, moriente ſubſtituto ante pupillum, vt oſtenſum eſt *ſupra*. Et ita docet Caſtr. *in d. l. Qui patri, n.* 10. vbi id confirmat argum text *in l. Qui ex duobus, ff. de Acquir. hæred.* inducendo illum ſecundùm intellectum Bartholi: tenent etiam Imola, Cuman. & Alex. *in ead. l. Qui patri*, quos refert & ſequitur Trentacinq. *d. cap.* 14. *ſub num.* 15. *verſ. In ſecundo*; idemque ſentit Bald. *In d. l. Quidam elogio, col. fin. Cod. de Iure deliber.* licèt in contrarium ſtent Angel. *in d. l. Qui patri*, & pauci alij qui in ſubſtituto, hærede patris exiſtente, non admittunt jus accreſcendi ad hæreditatem pupilli, niſi in ea reperiatur conjuncta aliqua pars hęreditatis paternæ, quæ opinio *ſupra n.* 725. confutata eſt.

Si autem econtra, pupillus fuiſſet inſtitutus vniuerſaliter, ſubſtitutus verò inſtitutus in re certa: tunc contrarium eſt dicendum, ſcilicet non tranſmitti ſpem ſubſtitutionis ad hæredes ſubſtituti, ſi is ante pupillum moriatur; quia in hoc caſu non efficitur hæres patris, ſed habetur tantùm loco legatarij, *l. Quoties, Cod. de de Hæred. inſtit.* ac proinde non contrahit obligationem agnoſcendi hæreditatem pupilli, cùm hæc ſolùm contrahatur per aditionem, ex qua ſubſtitutus fiat hęres patris, vt conſtat per *d. l. Qui patri.* Et ita ceſſat totum fundamentum, ex quo pupillariter ſubſtituti ſpem ſubſtitutionis ad hæredes tranſmittunt, vt ex dictis conſtat. Atque ita ſentiunt Caſtro *in d. l. Qui patri, num.* 9. *& ibid.* Angel. Imola, & Alex. quos ſequitur Trentacinq. *d. num.* 15. Intelligenda verò eſt hæc reſolutio, dummodo pupillus, vel aliùs qui fuerit vniuerſaliter inſtitutus, patenam hæreditatem adiuerit, quia alioqui particularis inſtitutio ſubſtituti trahetur ad totum, & ille fiet hæres vniuerſalis, vt eſt communis ſententia per *d. l. Quoties, & per l.* 1. *§. Si ex fundo, ff. de Hæred. inſtit.* & dictum eſt, *ſupra, diſp. præced. ſect.* 11. *num.* 307. proindeque tenebitur agnoſcere Pupillarem ſubſtitutionem, & dabuntur omnia requiſita ad tranſmittendam ſpem ſubſtitutionis, vt ex ſupradictis liquet Idemque à fortiori erit, ſi ſubſtitutus fuerit inſtitutus in re certa, & nullus alius fuerit inſtitutus vniuerſaliter: quia tunc per jura expreſſa *in d. l. Quoties, & in d. §. Si ex fundo*, illa particularis inſtitutio ad totam hæreditatem trahitur, & conſequenter ſubſtitutus talem ſubſtitutionem agnoſcens fit hæres vniuerſalis, cum dicta obligatione tranſmiſsibili ad hæ-

hæredes agnoſcendi hæreditatem pupilli, vt per ſupra tradita. Et ita docet Trentacinq. *ſupra.*

729 Quartò quæritur, vtrùm prædicta diſpoſitio *d. l. Qui patri*, locum etiam habeat in Pupillari tacita comprehenſa ſub Vulgari expreſſa? Negat Arctin. *in d. l. Qui patri, col. fin.* Affirmant verò & meliùs Imola *in ead. l. Qui patri, col. fin.* & ibi Roman. & Alex. *ff. de Acquir. hæred.* Crot. *in d. l. Re conjuncti, col.* 40. *verſ. Diſpoſitio tamen, ff. de Leg.* 3. Trentac. *d. cap.* 14. *num.* 13. *fine*, & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 164. *num.* 7. Ratio eſt, tum quia taciti, & expreſsi eadem eſt virtus, *l. Cum quid, ff. Si cert. petat.* Tum maximè, quia etiam ſubſtitutus per tacitam Pupillarem, qui extitit hæres patri tenetur agnoſcere hæreditatem pupilli, illamque per dictũ jus accreſcendi conjungere hæreditati paternæ: interueniente autem tali jure accreſcendi tranſmittitur neceſſariò ſpes Pupillaris ſubſtitutionis ad hæredes ſubſtituti, vt ſæpiùs dictum eſt per *d. l. Qui patri.* Hoc autem procedit niſi mater pupilli extaret in medio; nam tunc ceſſat effectus Pupillaris tacitæ, vt conſtat ex dictis §. 16. & ita poſt alios notat Trentacinq. *ſupra.*

730 Quintò & vltimò quæritur, vtrùm dicta diſpoſitio procedat quando poſt mortem pupilli ſuperſunt alij ſubſtituti, qui etiam fuerunt inſtituti, & patri hæredes extiterunt? Vt ſi fuerunt inſtituti, & ſimul pupillo ſubſtituti Seius, Titius, & Sempronius, omneſque hæreditatem teſtatoris ex inſtitutione adiuerunt poſtea verò mortuus eſt Seius, viuente adhuc pupillo, alij autem poſt pupilli mortem ſuperſunt. In quo caſu eſt quæſtio, vtrùm ad hæredem Seij prędefuncti tranſmiſſa fuerit ſpes ſuccedendi ex ſubſtitutione, juxta diſpoſitionem *d. l. Qui patri.* ita vt concurrere debeat in hæreditate pupilli cum ſubſtitutis qui ſuperſunt? Ratio dubitandi pro parte affirmatiua eſt in promptu. Nam dictus ſubſtitutus prædefunctus, cùm pro ſua parte adierit hæreditatem paternam, contraxit eoipſo obligationem agnoſcendi etiam Pupillarem, & conjungendi illam cum paterna, pro portione ad ſe ſpectante. Hujuſmodi autem obligatio ratione juris accreſcendi, quod inducit, tranſmittitur ad hæredem, vt habetur *in d. l. Qui patri*, & eſt totum fundamentum, quo dicta ejus diſpoſitio nititur.

Nihilominus tamen contrarium tenent Gloſ. *in l. Toties, ff. de Acquir. hæred.* & *in d. l. Qui patri, verb. Patris hæredi*, & ibi Barth. *num.* 3. Bald. *num.* 3. *verſ. Iſta lectura*, Caſtr. *n.* 6. *verſ. Sed contra*, vbi pro hac parte refert Din. Angel. & alios, Jaſ. *in l. Qui plures, ff. de Vulgari*, & ibi Imola, & Aretin. Bald. *in d. l. Quidam elogio, Cod. de Iure deliber.* Barth. *in d. l. Re conjuncti, num.* 53 *ff. de Leg.* 3. Trentacinq. *d. cap.* 14 *num.* 18. dicens eſſe communem ſententiam, & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 164. *num.* 23. per tex. expreſſum *in d. l. Sed ſi plures, in princip. ff. de Vulgari:* & ratio eſt, quia illi ſuperſtites veniunt jure ordinario ſubſtitutionis; hæres autem ſubſtituti præmortui in ſpecie *d. l. Qui patri*, venit tantùm ex irregulari vt conſtat ex dictis *num.* 722. quod jus irregulare eſt minùs potens, & ceſſat in præſenti caſu, fuit enim introductum ſolummodo in ſubſidium, ſeu ex neceſsitate ne pater, qui vno teſtamento ſibi & filio hæredem inſtituit, maneret pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, vt ſæpiùs repetit Bald. *in d. l. Qui patri*, quæ neceſsitas ceſſat, quando poſt mortem pupilli ſupereſt alius ſubſtitutus qui hæres patri extitit, cùm is jure ordinario ſubſtitutionis poſsit, & debeat hæreditatem pupilli agnoſcere; & ita ceſſat etiam illud jus irregulare, & conſequenter diſpoſitio *d. l. Qui patri*, quę in eo fundatur. 731

Hinc ad rationem dubitandi in contrarium adductam reſpondeo, licèt ille ſubſtitutus, qui viuo pupillo deceſsit, eoipſo quòd paternam hæreditatem pro ſua parte adiuit, contraxerit obligationem agnoſcendi etiam pupillarem, tamen hujuſmodi obligatio non eſt tranſmiſsibilis ad hæredes, niſi ratione juris accreſcendi ſupra explicati: jus autem accreſcendi 732

ceſ

ceſſat, vbi extat qui poteſt ſuccedere jure ordinario ſubſtitutionis; vt patet quando ſunt inſtituti duo hæredes, & vni eorum datus eſt ſubſtitutus vulgaris: tunc enim ſi ille, qui habet ſubſtitutum, nolit, aut non poſsit eſſe hæres, ſuccedit ſubſtitutus, excluſo cohærede, qui aliàs ex jure accreſcendi neceſſariò ſuccederet, *l. Quidam elogio, Cod. de Iure deliber.* Igitur cùm in præſenti ſuperſint ſubſtituti, quibus jure ordinario ſubſtitutionis competit ſucceſsio pupilli, conſequens eſt vt in tali caſu hæres ſubſtituti præmortui excludatur.

733 Jam verò redeundo ad regulam, ſeu reſolutionem principalem traditam *num.* 720. quòd Pupillaris ſubſtitutio extinguitur per mortem ſubſtituti, viuente adhuc pupillo; quæri circa illam ſolet, vtrùm procedat, ſi plures ſubſtitutiones Pupillares ſubordinatim ſint factæ? Vt quando teſtator vni impuberi ſubſtituit pupillariter alium impuberem, & huic ſubſtituit Titium? Tunc enim ſi impubes primò ſubſtitutus moriatur viuente inſtituto, & poſtea moriatur ipſe inſtitutus in pupillari ætate, quæſtionis eſt an Titius vtrique ſuperſtes ſuccedat per Pupillarem inſtituto vltimò morienti? Pro reſolutione duo caſus diſtinguendi ſunt. Primus eſt, ſi ſecundus impubes deceſsit jam pubes, ita quòd Titius non potuit ei ſuccedere per Pupillarem: & in hoc caſu non poteſt etiam Titius ſuccedere primo impuberi vltimò morienti; eſto in pupillari ætate deceſſerit, & licèt ipſe Titius fuerit hæres ſecundi impuberis. Ita in ſpecie habetur *in l. Qui habebat, ff. de Vulgari*, vbi Barth. & cæteri omnes, & tradit etiam Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 15. *num.* 18. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 469. *num.* 21.

734 Alius caſus eſt, ſi ſecundus impubes deceſsit in pupillari ætate, & Titius ei ſucceſsit per Pupillarem: & in hoc tenent plerique quòd Titius ſuccedet etiam primo impuberi vltimò morienti. Ita Peregrin. *loco cit.* poſt Barth. & alios DD. *in d. l. Qui habebat*, Anchar. *conſil.* 27. *dub.* 3. Caſtr. *conſil.* 152. *col.* 1. *lib.* 1. & Zanc. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, num.* 580. *&* 585. quæ ſententia fundatur in præſumpta voluntate teſtatoris, qui ſentit ſecundum impuberem ſuccedere primo, & conſequenter Titium ſuccedentem ſecundo vtriuſque hæreditatem habiturũ. Nonnulli tamen, vt Intrig. *de Subſtit. cent.* 1. *q.* 89. *num.* 35 & alij relati à Fuſar *d. q.* 469. *n.* 23. tenent contrarium; quia Titius ſucceſsit in bonis ſecundi impuberis, quo mortuo, fuit impleta conditio ſuæ ſubſtitutionis: & cùm poſtea primus impubes moritur, nihil iam pertinet ad ipſum Titium, cùm ſolùm fuerit ſubſtitutus ſecundo impuberi. & receperit ejus hæreditatem, quæ ſola ad eum ſpectabat ex ſua ſubſtitutione. Cęterùm hæc ratio ſolùm valet ſtando in nudis terminis ſubſtitutionis: non autem ſi attendamus ad conjecturam voluntatis, qua prima ſententia nititur.

Tandem dicta reſolutio principalis intelligenda eſt, niſi adſint conjecturæ, ex quibus ſufficienter conſtet, teſtatoris voluntatem fuiſſe, vt moriente ſubſtituto ante pupillum, ſpes ſubſtitutionis tranſiret ad ejus hæredes. Eſt enim recepta DD. ſententia, quòd in ſubſtitutionibus ſufficit tacita teſtatoris voluntas, quæ ex conjecturis colligatur, ad hoc vt tranſmiſſio locum habeat, vt videre eſt apud Manticam *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 20. *num.* 8. & tradit in ſpecie Trentacinq. *d. cap.* 14. *num.* 4. & Fuſar. *q.* 164. *numer.* 29. Quæ autem conjecturæ cenſeantur ſufficientes, intelligi poteſt ex ijs, quas idem Mantica *eod. tit.* 20. Trentac. *vbi ſupra, à num.* 7. & Fuſar. *q.* 490. fuſè aſsignant pro tranſmiſsione fideicommiſsi, vel legati conditionalis. In quibus nos hìc immorari non oportet. Hinc verò conſequenter addendum, etiam prædictam celebrem limitationem traditam *num.* 721. quòd ſpes Pupillaris ſubſtitutionis tranſmittitur, quando ſubſtitutio eſt vnita cum jure accreſcendi, intelligi ſimiliter debere, niſi ex conjecturis colligatur contraria teſtatoris voluntas, vt bene poſt alios aduertit Fuſar *d. q.* 164. *num.* 31. qui ibidem plures conjecturas talis vo- 735

Digitized by Google

voluntatis ex varijs DD. adducit. Illum conſulito.

736 Hactenus tradita circa prædictam reſolutionem principalem procedunt quando conſtat ſubſtitutum deceſsiſſe viuente pupillo. Si autem dubium ſit, vter prædeceſſerit, vt quia ſimul eodem naufragio periere, quæritur, vtrùm præſumi debeat pro ſubſtituto, quòd ſuperuixerit, ad hoc vt ſubſtitutio conſeruetur? Et reſpondetur negatiuè, per text. expreſſum *in l. Sed & in illo, ff. de Reb. dub.* vbi Gloſ. *verb. Non videtur*, Barth. & cæteri ſcribentes communiter, quibus accedunt Couar. *lib. 2. Variar. reſol. cap. 7. numer. 8. verſ. Quarto*, vbi teſtatur de communi, Mantica *de Coniectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 9. num. 7. & 12.* Maſcard. *de Probat. concluſione* 1347. *numer.* 11. qui etiam dicit eſſe communem, Peregrin. *de Fideicommiſ. art. 43. ſub num. 53. verſ. Aliquando verò, & num. 57. fine*, & Fuſar. *de Subſtit. q.* 126. Ratio eſt, quia hæreditas non defertur, neque tranſit niſi in ſuperuiuentem: eſt enim ſucceſsio, qua viuens defuncto ſuccedit: in præſenti autem, cùm non appareat, vter priùs deceſſerit, non videtur alter alteri ſuperuixiſſe, vt exprimitur *in d. l. Sed & in illo*: ergo cenſeri non debet, quòd hæreditas pupilli fuerit delata ſubſtituto, neque quòd in eum tranſierit, licèt fuiſſet hæres neceſſarius, in quibus terminis loquitur *d. l. Sed & in illo*: & ſic perit in tali caſu ſubſtitutio: quòd etiam probatur argum. *l. Quod de pariter mortuis, & ſeq. ff. de Reb. dub.* & procedit hoc, quanuis ſubſtitutus eſſet pubes, & robuſtior pupillo, vt cum Bartholo, & alijs aduertit Mantica *d. numer.* 12. dicens id eſſe receptius, & notat etiam Peregrin. *d. verſ. Aliquando verò*, & Fuſar. *ſupra*.

(?)

§. 20. *Quando expiret Pupillaris ſubſtitutio ob cauſam, vel defectum ex parte pupilli, cui ſubſtitutio facta fuit?*

SUMMARIUM.

Pupillaris ſubſtitutio expirat, ſi pupillus, cui facta eſt, ad pubertatem perueniat? num. 737.

Vtrum in dubio præſumendum ſit pupillum deceſsiſſe ante pubertatem, vt ſubſtitutioni ſit locus? Prima ſententia affirmat, num. 738. Contraria tamen ſententia defenditur, num. 738. & ſeq.

Vtrùm Pupillaris facta reciprocè duobus impuberibus expiret in vtroque, altero tantùm ad pubertatem perueniente? num. 741.

Pupillaris ſubſtitutio expirat, ſi pupillus moriatur ante teſtatorem, numer. 742. Et quid ſi pater, & filius ſimul pereant? vt eodem naufragio, & dubium ſit vter eorum prædeceſſerit? num. 743.

Pupillaris expirat, ſi pupillus ante mortem teſtatoris exeat de illius poteſtate, vt per emancipationem, vel adoptionem, &c. Et quomodo id intelligatur? num. 744.

Vtrum ſi duobus impuberibus facta ſit Pupillaris Reciproca, & alter eorum per emancipationem, vel alio modo, exeat de poteſtate teſtatoris, ſatis id ſit ad hoc vt ſubſtitutio in vtroque expiret? ibid.

Pupillaris ſubſtitutio expirat, ſi pupillus vel viuo teſtatore, vel poſt ejus mortem, tranſeat in poteſtatem alterius? num. 745.

Vtrum expiret Pupillaris, ſi pupillus tranſeat ad Religionem? Reſpondetur cum multiplici diſtinctione, num. 746. vſque ad 750.

Pupillaris ſubſtitutio expirat, ſi pupillus capitis diminutionem patiatur, vt ſi fiat ſeruus pœna, vel deportetur, &c. num. 751.

Subſ-

Subſtitutio Fideicommiſſaria non expirat per deportationem hæredis grauati, ibid.

Quamuis Pupillaris mero iure finiatur, ſi pupillus detur in arrogationem (quo caſu minimam capitis diminutionem patitur) attamen non tollitur illius effectus, & quomodo id ſe habeat? numer. 752.

Pupillaris ſubſtitutio expirat, ſi pupillo naſcatur filius, num. 753. Vtrùm in tali caſu expiret ex diſpoſitione iuris, quo teſtamentum rumpitur agnatione poſthumi præteriti: vel potiùs eoquod intelligatur facta ſub cõditione, Si impubes deceſſerit abſque liberis? *numer. 754. Vtrum tradita reſolutio intelligatur tantùm de natiuitate filij legitimi, vel etiam naturalis? num. 756.*

737 VEniendo tandem ad tertium caput, quod eſt de cauſa, vel defectibus ex parte impuberis, conſtat primò extingui Pupillarem ſubſtitutionem, ſi pupillus, cui facta eſt, ad pubertatem perueniat, §. *Qua ratione, in fine, & §. Maſculo, Inſtit. de Pupillari, l. Verbis ciuilibus, & l. In pupillari, ff. de Vulgari.* Efficitur autem pubes, ſi eſt maſculus, vbi complet 14. annum ętatis, ſi verò fœmina vbi 12. *Inſt. Quibus mod. tut. fin. §. 1. & l. 3. ff. de Minor.* ſufficit autem attigiſſe vltimum diem, quo ille annus completur, vt bene aduertit Leon. *tract. de Subſtitut. vbi de Pupillari, num. 259.* & Barthol. de Hucio *tract. de Subſtit. c. 2. num. 27.* nam tunc incipit poſſe teſtari, *l. Qua ætate, ff. de Teſtam.*

Quæſtio verò eſt, vtrùm in dubio præ-
738 ſumendum ſit, quòd pupillus deceſſerit ante pubertatem, vt ſit locus ſubſtitutioni? Reſpondent affirmatiuè: Seuerin. *in l. Precibus, num. 58. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Socin. ſen. *conſil. 89. num. 8. verſ. Accedat etiam, lib. 1.* Decius *in c. In præſentia, num. 50. de Probation.* qui omnes pro ſe allegant quoddam conſilium Baldi, videtur etiam tenere Caſtr. *in l. Ex facto, §. Siquis autem, num. 4. ff. Ad Trebel.* præſertim quando mater pupilli, vel aliquis alius prætendens ſuccederet ab inteſtato, agit aduerſus ſubſtitutum; in quo caſu dicit incumbere agenti onus probandi pupillum deceſsiſſe poſt pubertatem, & ſubſtituto ſatis eſſe dicere, illum deceſsiſſe antea: pro eadem ſententia ſtant plures apud Manticam, Peregrin. & Fuſar. *loco infra citat.* Mouentur per text. *in d. §. Siquis autem,* vbi fideicommiſſum relictum ſub conditione, *Si grauatus ſine liberis decedat,* non deficit, cùm grauatus vnum tantùm habens filium ſimul cum illo interijt naufragio, vel ruina, nec apparet vter priùs deceſſerit.

Contrariam nihilominus ſententiam 739 tenent meritò Barth. *conſil. 56. Quod incipit, Bartholomæus fecit teſtamentum, num. 5. lib. 1.* Bald. *conſil. 19. incipit, Factum tale, num. 1. lib. 5. & conſil. 145. incipit, In cauſa vertente, eod. lib. 5. & conſil. 451. incipit, Intelligo, lib. 4.* Socin. ſen. *in l. Qui duos, §. Cum in bello, num. 6. ff. de Reb. dub.* Curt. jun. *in d. l. Precibus, num. 10. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Angel. *in §. fin. Inſt. Ad Tertul.* Salic. *in l. Sciant, Cod. de Legit. hæred.* Ripa *in d. l. Ex facto, §. Siquis autem, num. 11. ff. Ad Trebel. & ibid.* Socin. ſen. Guiliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num. 112. de Teſtament.* Pariſ. *conſil. 36. num. 42. lib. 2.* Anton. Natta *conſil. 395. num. 4. fine, & ſeqq. lib. 2.* Couar. *lib. 2. Variar. cap. 7. num. 6. fine,* Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib. 5. tit. 9. num. 6. & ſeqq.* Maſcard. plures referens *tom. 3. de Probation. concl. 1347. num. 7.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 182. num. 4.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 43. ſub num. 45.* & alij quos refert Fuſar. *de Subſtit. q. 129. num. 2.* Probatur per illam regulam, quòd in ijs, quæ per curſum temporis variantur, vt ætates, ex præterito non præſumitur ad præſens, vel futurum, *l. Spadonem, §. Qui abſolutus, ff. de Excuſat. tut. l. Si prius, ff. de Oper. nou. nunc, l. Siue poſsidetis, C. de Probat.* Barthol. *in l. De ætate, ff. de Minor.* Vnde non ſequitur, fuit pupillus, ergo mortuus eſt in pupillari ætate.

Maximè verò procedit hæc ſententia, & eſt indubitata, quando ſubſtitutus ex Pupillari ageret: in quo caſu ita conſuluit Barth. *d. conſil. 56. ad finem*, notauitque bene Peregrin. *ſupra, verſ. Hæc autem*; quia qui ætatem alicujus deducit pro fũdanda ſua intentione, illam probare debet, *l. Cum de ætate, ff. de Probation.* Difficultas eſt, quando ſubſtitutus poſsidet, & aduerſus cum agitur: nam tunc videtur, quòd actori incumbit probare, pupillum deceſsiſſe poſt pubertatem. At contrarium tuentur non immerito Couar. Mantica, & Peregr. *loco cit.* & voluit etiam Bald. *d. conſil.* 19. & Ripa *d. §. Si quis autem, num.* 11. eſtque de mente proximè relatorum; atque ita ſe obtinuiſſe in quadam cauſa Patauina teſtatur Peregrin. *d. verſ. Hæc autem.*

740 Neque obſtat argumentum in contrarium ex text. *in d. §. Si quis autem*; nam vt alias ſolutiones, & interpretationes illius text. omittam, ratio cur in eo dicitur, non perire illud fideicommiſſum, patre grauato ac filio ſimul intereuntibus, eſt quia conditio, *Si ſine liberis deceſſerit*, intelligitur de liberis poſt patrem viuentibus, vt notat Barth. *in d. §. Si quis autem, & in l. Qui duos, §. Cum in bello, ff. de Reb. dub.* & conſtat *ex eod. §. Si quis autem, in princ.* quando autem pater, & filius ſimul perierunt, nec apparet quis eorum priùs animam exhalauerit (qui eſt caſus illius textus) non cenſetur filius ſuperuixiſſe; & ita meritò deciditur, non deficere tunc conditionem, *Si ſine liberis*, ſub qua fideicommiſſum relictum eſt, ſed cenſeri impletam, & conſequenter fideicōmiſſum deberi. In noſtro autem caſu agitur de conditione mortis in pupillari ætate, quæ in dubio non præſumitur, niſi probetur, vt oſtenſum eſt.

Si inſtes, quòd etiam in caſu, quo non conſtat patrem & filiũ ſimul perijſſe, ſed ſolùm ignoratur, quis eorum priùs deceſſerit, non perit fideicommiſſum, quo pater erat grauatus ſub d. conditione, *Si ſine liberis*; quia licèt conſtet filium habuiſſe, non tamen præſumitur habuiſſe tempore mortis, vt in ſpecie tradit Barthol. *in d. §. Cum in bello*, per *l. Spadonem, §. Qui abſolutus, ff. de Excuſat. tut.* Vnde etiam in noſtro caſu, exiſtente dubio, an pupillus deceſſerit ante, vel poſt pubertatẽ, nō præſumetur deceſsiſſe puberem, ne Pupillaris ſubſtitutio pereat; maximè cùm hæc ſit fauorabilis, & fideicommiſſum odioſum, vtpote grauamen inducens. Reſpondetur ex Mantica *d. tit. 9. num.* 8. eſſe diuerſam rationem in his caſibus; quia ſubſtitutus per fideicommiſſum ſub illa conditione, *Si ſine liberis*, habet ſuam intentionem fundatam in communi jure; ſiquidem quòd quis moriatur ſine filijs, concordat cum qualitate, quæ homini ineſt ab initio, & ideo qui contrarium dicit, debet id probare, vt per Barth. *in l. Si priùs, num.* 17. *& infra, ff. de Oper. nou. nunc.* Præterea, quòd quis habeat liberos, eſt quid facti; factum autem nō præſumitur, niſi probetur *l. Quæcumque, §. 1. ff. de Public. act. l. Si emancipati, Cod. de Collat. l. Aſſeueratio, Cod. de Non numer. pecun.* quando autem pupillariter ſubſtitutus proponit impuberem deceſsiſſe in pupillari ætate, non habent locum hæ rationes, ſed militat regula, quòd quilibet debet probare id quod eſt fundamentum ſuæ intentionis, *l. Actor, Cod. de Probat, l. In exception. ff. eod. l. Accuſare, Cod. de Edendo:* & in ſpecie qui allegat minorem ætatem pro fundamento ſuæ intentionis, debet illam probare, *l. Si minorem, Cod. de In integr. reſt. min. l. Cum te, Cod. de Probat.*

Quæri vlteriùs poteſt circa prædictam conclusionem, vtrùm Pupillaris ſubſtitutio facta reciprocè duobus filijs impuberibus expiret in vtroq; ex conjectura volũtatis, altero tantũ ad pubertatẽ perueniente? Tractat latiſsimè hãc quæſtionẽ Mãtica *lib. 5 de Cōject. vlt. vol. tit.* 12. *à n.* 19. ſed miſſa lõgiori diſputatione, dicendũ eſt reſolutiuè cũ Barth. *in l. Lucius, n. 9. ff. de Vulgari*, quẽ idem Mantic. ſequitur, illam ſubſtitutionẽ in filio adhuc impubere non extingui. Ratio eſt, quia licèt hic caſus faceret ab initio ceſſare Pupillarem ex conjectura voluntatis, *l. Iam hoc jure, verſ. Sed ſi alter, ff. de Vulgari*; attamen nō eſt 741

talis, vt incidendo poſteà inducat conjecturam contrariæ voluntatis, cùm pubertas producatur à natura abſque voluntate teſtatoris: caſus autem præter voluntatem incidens conjecturam contrariæ voluntatis non inducat, *l. Fideicom. §. Si rem, ff. de Leg. 3. l. Rem legatam, ff. de Adim. legat.*

742 Secundò conſtat expirare ſubſtitutionem Pupillarem, ſi pupillus viuo teſtatore moriatur. Ita Oldrad. *conſil.* 177. Bald. *conſil.* 408. *lib.* 2. *& conſil.* 148. *lib.* 5. Federic. de Sen. *conſil.* 266. *num.* 1. *&* 3. Corn. *conſ.* 297. *lib.* 1. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 4. *cap. vltim. num.* 36. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 127. *numer.* 7. Probatur per text. *in l. Quod ſi filius, ff. de Captiu.* & conſtat præterea ratione, primò quia vt Pupillaris ſubſtitutio conſtet, opus eſt vt pupillus ſit in poteſtate teſtatoris, ſaltem quando teſtator moritur, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ*, ibi: *Si mortis quoque tempore non fuit in familia, ff. de Vulgari*: quæ conditio deficit moriente pupillo in vita teſtatoris, cùm per mortem exierit in perpetuum de illius poteſtate. Secundò, quia pupillus decedens viuo teſtatore, qui eum habebat in poteſtate, non eſt ſui juris: vt autem Pupillaris ſubſtitutio vim habeat, opus eſt vt pupillus decedat poſtquam fuerit ſui juris: quia hæc ſubſtitutio eſt teſtamentum pupilli, licèt ſit factum per ejus patrem: qui autem non eſt ſui juris, eſt inteſtabilis. *Inſtit. Quibus non eſt permiſſum facere teſtam. in princip.* & ſic non poteſt decedere teſtatus, etiam fictè, ſeu per alium: nam fictio ad id tantùm porrigitur, ad quod poteſt porrigi veritas, *l. Qui ad certũ, ff. Loc. & l. Si pater, in fin. ff. de Adoption.* Neque pater teſtando pro illo hunc defectum ſupplet, quia facultas ſubſtituendi pupillariter ſolùm fuit conceſſa patri ad ſupplendum defectum ætatis, ob quem pupillus teſtari non poterat, vt notant communiter DD. & vidimus hac ipſa *ſect. §.* 1. *num.* 452. *& §.* 5. *n.* 532. vnde Barth. *in l.* 2. *in princ. n.* 12. *ff. de Vulgari*, Bald. *de Subſtit. rubr. de Pupillari, n.* 10. & alij rectè aduertunt, quòd vniuerſim loquendo Pupillaris ſubſtitutio non habet locum, ſi pupillus alia ratione, quã ob defectum ætatis, teſtari non poteſt.

Sed quid, ſi pater & filius ſimul pere- 743
ant, vt eodem naufragio vel ruina, & dubium ſit, vter eorum prædeceſſerit? Bald. *conſ.* 464. tenet admittendum tunc eſſe ſubſtitutum, quòd in tali dubio fauore ſubſtitutionis præſumendum ſit, patrem prædeceſſiſſe, argum. text. *in d. l. Ex facto, §. Siquis autem, ff. Ad Trebel.* At contrarium tenent meritò Socin. ſen. *in d. l. Qui duos, §. Cum in bello, col. fin. ff. de Reb. dub.* Couar. *lib.* 2. *Var. c.* 7. *n.* 6. *verſ. Nam & hic, ante med.* & cum alijs Trentac. *de Subſt. p.* 1. *c.* 13. *n.* 3. quia quando impubes perit ſimul cum patre, præſumitur puter ſuperuixiſſe, niſi contrarium probetur, vt expreſsè deciditur *in d. l. Qui duos, §. vlt. in fin.* & quidem ob ætatis imbecillitatem bene ſtat præſumptio, quòd impubes priùs expirauit. Neque tex. *in d. §. Siquis autem*, oppoſitum probat, vt ſatis conſtat ex dictis circa hunc tex. *n.* 740. Hanc opinionem approbat etiam Ripa *in l.* 1. *n.* 174. *ff. de Vulgari*, dicens pro ea ſtare modernos, & eſſe melioribus rationibus fundatam: ipſe tamen tres caſus in ea diſtinguit. Primus eſt, quando non ſupereſt mater, nec frater pupilli: & tunc dicit, procedere primam opinionem. Secũdus eſt, quando ſupereſt mater, vel frater pupilli, & ſubſtitutus eſt extraneus: & tũc procedere ſecundam opinionem. Tertius eſt, quando ſupereſt mater pupilli, & eſt ſubſtitutus frater ipſius pupilli, vel econtra; & tunc primam opinionem procedere. Ceterùm mihi hæc diſtinctio non placet, licèt cum ea tranſeat Intrigl. *de Subſtit. cent.* 1. *q* 42. vt refert Fuſar. *de Subſtit. q.* 127. *num.* 3.

Tertiò conſtat finiri Pupillarem ſubſti- 744
tutionẽ, ſi pupillus ante mortẽ teſtatoris exeat de illius poteſtate, vt per emãcipationẽ, vel adoptionẽ, aliove modo Conſtat hoc per *l. Quòd ſi filius, ff. de Capt. & poſtlim. reuer.* vbi Gloſ. *verb. Extende, & l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari*, eſtq; communis ſententia, vt vidimus *ſup. §.* 6. *à princip.* Intelligi verò id debet, niſi pupillus exeat de poteſtate per ali-

Digitized by Google

aliquam dignitatem, vt declarauimus *eod.* §. *6. num.* 539. Item niſi, vel fictione juris, vel alio modo, vt per readoptionem, pupillus redeat ad poteſtatem ſubſtituentis, vt etiam illo §. *6. à num.* 540. explicatum eſt, & notat breuiter Leon. *de Subſtitut. in materia Pupillaris, numer.* 261.

Circa hanc concluſionem dubitatur, vtrùm ſi duobus impuberibus facta ſit Pupillaris ſubſtitutio Reciproca, & alter eorum per emancipationem, vel alio modo exeat de poteſtate teſtatoris, ſatis id ſit ad hoc vt talis ſubſtitutio in vtroque expiret? Barth. *in l. Lucius, num.* 10. *ff. de Vulgari*, tenet cum alijs, eam expirare in vtroque, ſi alter exiuit à patria poteſtate de conſenſu patris teſtatoris, vt quia pater eum ſponte emancipauit: & hæc eſt communis ſententia, pro qua plurimos DD. refert Mantica *de Conject. vlt. volunt. lib.* 5. *tit.* 12. *num.* 17. Contrariam tamen ſententiam, quòd etiam quādo alter, patre conſentiente, de ejus poteſtate exiuit, non expiret Pupillaris in eo qui permanet in poteſtate ipſius patris, tenent Bald. *in l. In teſtamento, numer.* 15. *Cod. de Teſtament. milit.* Iaſ. *ibid. ſub num.* 16. *& in d. l. Lucius, numer.* 18. *& infra*, & alij apud Mantic. *ſupra, ſub numer.* 31. *& ſeqq.* vbi magis in hanc partem inclinat. Sed quia hæc controuerſia ſpectat ad materiam de Reciproca ibi commodiùs excutietur.

745 Quartò conſtat, Pupillarem finiri, ſi pupillus vel viuo teſtatore, vel poſt ejus mortem, tranſeat in poteſtatem alterius. Ita Leon. *loco proximè citat. num.* 262. per text. *in l.* 2. *in princ. verſ. Nepotibus etiam, ff. de Vulgari*, & quidem, ſi iſte tranſitus fiat viuo teſtatore, vt quando pater filium, cui pupillariter ſubſtituerat, dedit in adoptionem auo materno, §. 2. *Inſt. de Adoption. & l. Cum in adoptiuis, C. eod. tit.* Conſtat clarè concluſio ex dictis *n. præced* ſiquidem per talem tranſitum exit pupillus de poteſtate teſtatoris, illo adhuc viuente, quod ſufficit ad infirmandam Pupillarem, vt probatum eſt. Si tamen pupillus ad poteſtatem teſtatoris redeat, ſubſtitutio conſeruabitur, vt eſt communis ſententia, quam tradidimus § *6. num.* 541. *& num. etiam præcedenti* aduertimus. Si vero poſt mortem teſtatoris pupillus veniat in poteſtatem alterius, patet concluſio per text. *in d. verſ. Nepotibus etiam*, cujus rationem, & veram explicationem tradidimus §. *5. num.* 532. *&* 535.

Celebris autem quæſtio hìc eſt, an expiret Pupillaris, ſi pupillus tranſeat ad Religionem? Qua in re communis Juriſtarum reſolutio eſt, ſi impubes ex diſpenſatione Summi Pontificis Religionem ingrediatur, & fiat validè profeſſus, vt rectè ex tali diſpenſatione fieri poteſt, poſtquam fuerit capax doli; tunc per talem profeſsionem finiri Pupillarem ſubſtitutionem illi factam: secùs autem ſi abſque illa diſpenſatione ingrediatur, licèt per patrem, vel per matrem fuerit Religioni oblatus; quod talis oblatio non reddat illum ſimpliciter Religioni aſtrictum, neque impediat, quominus adueniente pubertate poſsit liberè Religionem deſerere, *c. Significatum, & c. Cum ſimus, de Regular.* Vnde ad ſummum poteſt comparari pupillo dato per tutorem in arrogationem, quæ cùm facilè diſſolui poſsit, non tollit quominus Pupillaris ſubſtitutio antea fact. ſuum effectum habeat. Ita docent Barth. *in d. l. In Pupillari, num.* 7. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Aret Jaſ & alij, Bald. *de Subſtit. rubr. de Pupillari, num.* 39. Barth. de Hueio *de Subſtit. c.* 2. *n.* 28. Zaſius *tract. etiam de Subſtit. c.* 2. *fine*, & Leon. *tract. de Subſtit. in materia Pupillaris, n.* 274 *& ſeqq.* dicens eſſe communē ſententiam, quam tamen ipſe non firmat. Et quidem prima illius pars multâ explicatione, & diſtinctione indiget, vt ſtatim videbimus. Secunda verò pars de ingrediente Religionem abſque diſpenſatione Papæ videtur indubitabilis, quam præter citatos tenent etiam Guiliel. Bened. *in c. Raynutius, verb. Si abſque liberis,* 2. *vbi de Pupillari ſubſtitutione, num.* 114. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 2. *cap.* 19. *ſub numer.* 3. *verſ. Item ſupradicta*, 746

Digitized by Google

& Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 3. num. 52.* qui abſolutè dicunt per ingreſſum, vel profeſsionem impuberis abſque diſpenſatione Pontificia nòn finiri ſubſtitutionem.

747 Circa priorem verò partem de ingrediente, & profitente ex diſpenſatione Papæ, duo principales caſus diſtinguendi ſunt. Primus eſt, ſi ingrediatur, & fiat profeſſus in Religione ſuccedendi incapaci. In quo caſu, ſi profeſsionem faciat poſt mortem patris, non finitur, ſed potiùs confirmatur, & incipit hebere effectum Pupillaris ſubſtitutio illi facta vt bene docent Trentacinq. *d. num. 3. verſ. Sextò expirat, ad fin.* & Sanch *d num. 52.* qui pro eadem ſententia refert Imol. *in d. l. In pupillari, num. 4. ff. de Vulgari,* Guilliel. Bened. *vbi ſupra, num. 113.* & Emman. à Coſta *in cap. Si pater, 2. p. verb. Defunctis ante tempus puber. num. 5. de Teſtam. in 6.* quia profeſsio in tali Religione æquiparatur morti naturali; vt omnes facilè admittunt: per mortem autem naturalem pupilli poſt patrem decedentis, non perit, ſed confirmatur, & incipit habere effectum ſubſtitutio Pupillaris, quam pater illi fecerat. Si autem talis impubes profiteatur, viuente patre, ſubſtitutio expirat: quia cùm ea profeſsio morti naturali æquiparetur, procedit etiam in hoc caſu cõcluſio ſupra tradita *num. 732.* vbi oſtendimus, finiri Pupillarẽ, ſi pupillus, viuo teſtatore, naturaliter moriatur.

748 Secundus caſus eſt, ſi profiteatur in Religione capaci ſuccedendi. In hoc caſu Pupillarem extingui, tenent expreſſè Guil. & Trentac. *loc. proximè citat.* qui mouentur hoc fundamento. Nam Pupillaris expirat, ſi pupillo intra eam ætatem naſcatur filius, malitiâ defectum ætatis ad generandum ſupplente, vt per *l. Ex facto, in princ. ff. de Vulgari,* & eſt communis ſententia, de qua infra: Monaſterium autem in quo quis profitetur, habetur loco filij, vt colligitur ex text. *in c. In præſentia, de Probat. & in §. Sed & hoc præſenti, Auth. de Sanctiſsimis Epiſc.* vnde deſumitur *Auth. Niſi rogati, C. Ad Trebel.* ergo per illam profeſsionẽ expirabit Pupillaris ſubſtitutio, & ſuccedet monaſterium tanquam filius tali pupillo natus. Hoc tamen fundamentũ efficax non eſt, illudq; excludit Sanch. *d. n. 52.* dicens, verum non eſſe, quòd monaſterium habeatur loco filij: quam ſententiam, relatis plurimis, tradit *eodem lib. 7. c. 16. n. 4.* vbi reſpondet ad textus citatos, quibus duntaxat Aduerſarij nitũtur: plures etiam DD. pro eadem ſententia adducit eos ſequens Mantica *lib. 11. de Conjectur. vlt. vol. tit. 7. n. 6.* Addit præterea cum multis alijs idem Sanch. *d. c. 16. n. 5.* licèt admittamus, monaſterium in caſibus illorum textuum haberi loco filij, id non debere extendi ad alios caſus non expreſſos, cùm ſit à jure communi exorbitans, & ſic intra proprios terminos reſtringendum, quod ſatis eſt, vt ad caſum, de quo hìc agimus, trahi non poſsit.

749 Efficacius videtur fundamentum, quo Barth. Bald. & alij relati *n 746.* indiſtinctè docent, per profeſsionem impuberis ex diſpẽſatione Papæ factam finiri Pupillarem. Fundantur namque in eo quòd talis impubes, etiam ſecluſo impedimento ætatis, efficitur inteſtabilis per ipſam profeſsionem, & monachatum. *Auth. Ingreſsi, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* quoties autem pupillus impeditur teſtari alia ratione, quàm per ætatem, non tenet Pupillaris ſubſtitutio, cùm ſit teſtamentum ipſius pupilli, cui per Pupillarem non ſuccurritur, ſi alia ratione, quàm ob ætatem, eſt inteſtabilis, vt tenent omnes, & diximus *ſupra, n. 742.* At hoc etiam fundamentum meritò excludunt Ripa *in l. 2. num. 66. ff. de Vulgari,* Leon. *de Subſtit. vbi de Pupillari, num. 277* & Trentac. *d. c. 19. n. 3. verſ. Sextò expirat,* quia licèt monachus effectus ſit inteſtabilis per profeſsionem, tamen teſtamentum ab eo antea factum non irritatur, ut colligitur *ex Auth. Nunc autem, Cod. de Epiſc. & cleric. & ex corpore, vnde ſumpta eſt* eſtq; communiſsima DD. ſententia, quam relatis plurimis tradit Sanch. *d. lib. 7. cap. 3. numer. 34.* & ſic non irritabitur etiam teſtamentum pupillare per profeſsionem impuberis, licèt per eam efficiatur inteſ-

inteſtabilis: & ratio eſt, quia quod generaliter dicitur, irritari teſtamentum ejus qui deuenit ad ſtatum in quo teſtari non poteſt, intelligitur de illis, qui ad talem ſtatum deueniunt per capitis diminutionem: profeſsio autem non eſt capitis diminutio, vt in ſpecie probat Sanch. *ſupra* poſt Cujacium, *in expoſitione Nouellæ* 5. nam licèt profitens mutet ſtatum, & libertatem amittat; at mutat in melius, nec efficitur ſeruus, ſed Deo per votum obedientiæ ſe ſponte dedicans ſua libertate ſe priuat.

750 Vnde concludendum potiùs videtur, quòd etiam per profeſsionem impuberis in Religione ſuccedendi capaci non expirat Pupillaris ſubſtitutio. Et ita concludit Sanch. *d. cap.* 3. *num.* 52. Juxta quam ſententiam, ſi talis profeſſus decedat è vita ante pubertatem, admittetur ſubſtitutus, ſi autem pubes efficiatur, ceſſabit ſubſtitutio, & ſuccedet monaſterium, vt idem Sanch. aduertit. Cum enim profeſsio in tali Religione non æquiparetur morti naturali, non confirmatur ſtatim ſubſtitutio per ipſam profeſsionem, ſed expectanda eſt mors naturalis; & ſi hæc eueniat antequam ille fiat pubes, defertur ex tunc hæreditas ſubſtituto. Si autem priuſquam naturaliter moriatur fiat pubes, euaneſcit ſubſtitutio,& ſuccedit monaſterium. Atque idem erit, ſi ſubſtitutus, qui viuus erat tempore profeſsionis, ante ipſum profeſſum moriatur, etiamſi is poſtea nondum pubes effectus decedat vt colligitur ex dictis *§. præcedenti*; & tradit in ſimili Sanch. *d. cap.* 3. *num.* 56. Intellige autem hanc reſolutionem, ſi ille impubes profiteatur,mortuo jam patre. Nam ſi pater tunc, viuat egredietur impubes de illius poteſtate per profeſsioné, & tranſibit irreuocabiliter in poteſtatem Religionis: Pupillaris autem ſubſtitutio expirat, ſi pupillus ante patris mortem de ejus poteſtate egrediatur, nec ad eam reuertatur, vt tenent omnes, & dictum eſt *ſupra*, *num.* 744.

751 Quintò conſtat, expirare Pupillarem ſubſtitutionem, ſi pupillus capitis diminutionem patiatur, vt ſi fiat ſeruus pœnæ, vel deportetur, &c. quæ ſupplicia in impuberem doli capacem cadere poſſunt, *l. Si arrogati, ff. de Tutel. l. Si impuberem, ff. de Furtis, & l. Impuberem, ff. Ad l. Cornel. de Falſis.* Ita Barthol. *in d. l. In pupillari num.* 5. *ff. de Vulgari*, & ibi cæteri communiter, Ripa *in l.* 2. *num.*64. *ff. eod.* Bald. *de Subſtitut. rubr. de Pupillari, num.*38. Barthol. de Hucio *de Subſtitution. cap.* 2. *num.* 25. Leon. *de Subſtitut. in materia Pupillaris, num.* 264. *& ſeqq.* Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 2. *cap.* 19. *num.* 3. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 144. Ratio eſt, quia per capitis diminutionem, ſiue mediam, ſiue etiam minimam,redditur, qui eam paſſus eſt,inteſtabilis;& ſi quod antea teſtamentum fecerat, irritatur, *§. Alio quoque modo, Inſtit. Quibus mod. teſtament. infirm.* Pupillaris autem ſubſtitutio, cùm ſit teſtamentum pupilli, non conſeruatur, ſi ille veniat ad ſtatum, in quo etiam ſecluſo ætatis impedimento teſtari non poſsit; vt ſæpius dictum eſt, & tenent omnes. Neque obſtat text. *in l. Ex facto, §. Ex facto, ff. Ad Trebel. & in l. Status, §. Cornelio, ff. de Iure Fiſci*, vbi ſubſtitutio Fideicommiſſaria non extinguitur per deportationem ejus, cui facta eſt. Eſt enim diuerſa ratio in tali ſubſtitutione, quia nō cedit in commodum ejus cui fit, ſed in grauamen, nec in ea veniunt ejus bona, ſed tantùm bona ſubſtituentis; quæ ſubſtituto reſtituenda ſunt: vnde non oportuit vt irritaretur per damnationem ejus, cui facta eſt: ſubſtitutio autem Pupillaris eſt in fauorem, & vtilitatem pupilli, vt habeat hæredem, & ideo meritò per ejus damnationem irritatur.

Licèt autem etiam per minimam 752 capitis diminutionem (qualis eſt, quæ fit cùm quis alteri datur in arrogationem) Pupillaris ſubſtitutio finiatur, vt dictum eſt, & in ſpecie colligitur *ex l. Nec ei permittitur, §. Eorum*, ibi: *Ne ſit in poteſtate tutorum ſubſtitutionem à parente factam extinguere, ff. de Adoptionib.* attamen cùm talis diminutio fiat in fauorem pupilli, qui arrogatur, jure conſtitu-

titutum eſt, vt per eam non tollatur effectus ſubſtitutionis Pupillaris antea factæ, vt conſtat per text. *in d. §. Eorum*, & duabus *ll. ſeqq.* vbi conſtituitur, vt arrogans ſatisdet, quòd finita arrogatione per mortem impuberis, reſtituet ejus bona ijs perſonis, ad quas peruenire debent, nempe ſubſtitutis, vel alijs hæredibus: & ſi talis ſatisdatio prætermiſſa fuerit, habeant ijdem vtilem actionem aduerſus arrogantem. Vnde licèt mortuo pupillo in poteſtate arrogatoris, non poſſit ſubſtitutus petere ejus bona ex Pupillari, eoquòd fuerit finita, attamen poteſt illa petere per actionem ex ſtipulatu prouenientem ex illa ſatiſdatione, ſi præſtita fuit: vel per vtilem actionem ex lege prouenientem, ſi ſatiſdatio omiſſa ſit. Ita declarat Leon. *ſupra, num.* 265; eſtque communis cæterorum ſententia. Si autem impubes exeat de poteſtate arrogatoris, & fiat ſui juris, reuiuiſcet de jure Prætorio Pupillaris ei ante arrogationem facta, ut tradidimus *§.6. num* 543. vnde moriente poſtea impubere intra ætatem pupillarem, ſuccedet ſubſtitutus, ex ipſa ſubſtitutione, vt patet.

753 Sextò & vltimò conſtat, extingui Pupillarem, ſi impuberi, cui illa facta eſt, aliquis filius naſcatur; quòd naturaliter euenire poteſt, & jam aliquando euenit, vt multi DD. affirmant, ſupplente malitia ætatis defectum. Tradunt hanc concluſionem Barthol. *in d. l. In pupillari, num.* 8. *ff. de Vulgari*, & ibi Angel. Imol. Raphael, Alex. Jaſ. & alij Bald. *in l. Ex facto, in princip. ff. eod.* & ibi Caſtr Imol. Ripa *num.* 24. & alij Bald. *in l. Humanitatis, ſub num.* 32. *verſ. Quarta differentia, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ibi Fulgoſ. *circa fin.* Alex. *num.* 6. & Corn. *col.* 5. *In ſuis tract. de Subſtitut. vbi de Pupillari*, Bald. *num.* 40. Barth. de Hucio, *num.* 29. & Leon. *num.* 300. *& ſeq.* Mantica plures referens *lib.* 5. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 12. *num.* 4. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 2. *cap.* 19. *num.* 3. *verſ. Septimò.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 98. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 136. *num.* 1. Probatur argum. *d. l. Ex facto, in princip.* vbi Exemplaris, quæ ad ſimilitudinem Pupillaris introducta eſt, finitur, ſi is, cui facta eſt, filium ſuſcipiat.

Vtrùm verò Pupillaris in hoc caſu expiret, eoquod rupta fuerit natiuitate filij, 754 juxta diſpoſitionem juris, quo teſtamentum patris rumpitur agnatione poſthumi præteriti, *l.* 2. *Cod. de Bonor. poſſeſſ. contra tabul. l.* 1. *&* 2. *Cod. de Poſthum. hæred. inſtit.* Vel potiùs ex eo quòd intelligatur facta ſub tacita conditione, *Si impubes ſine liberis deceſſerit?* magna inter DD. eſt controuerſia. In qua in vtramque partem non leues ſunt rationes, quas latè diſcutit Mantica *ſupra à num.* 8. & Socin. *in l. Cum auus, num.* 24. *ff de Condit. & dem.* apud quos, quia vix vnquam caſus occurret, videndas omitto. Illud tamen aduerto, quòd tenendo dictam ſubſtitutionem expirare ex conjectura voluntatis, eoquòd intelligatur facta ſub conditione, *Si ſine liberis*, juxta *d. l. Cum auus*, ſequitur eam non extingui per natiuitatem poſthumi, ſed tunc demum, ſi impubes relictis filijs deceſſerit, *l. Ex facto, §. penult. ff. Ad Trebel.*

Prædicta concluſio intelligitur de filio 755 legitimo, ideſt nato ex legitimo matrimonio, quod juxta jus Canonicum etiam ab impubere poteſt contrahi, malitiâ defectum ætatis ſupplente; non verò de illegitimo, ſeu naturali tantùm, vt cùm Baldo, Alex. Aret. & alijs declarant Mãtica *ſupra num.* 5. Trentacinq. *d. cap.* 19. *prope finem*, & Fuſar. *d. q.* 136. *num.* 10. Quia de jure communi filij naturales tantùm, nunquam admittuntur contra teſtamentum, vt probatur, ex *l. vltim. ff. de Natural. liber.* In Luſitania verò id fallit in filijs naturalibus hominis plebeij, vt per *Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 92. *in princip. & §.* 2. Quaſdam alias declarationes affert Fuſar. *d. q.* 136. quæ vel inutiles, vel leuioris ſunt momenti, quàm vt in eis immorandum ſit. Et hæc pro Pupillari ſubſtitutione abunde ſufficiant.

SEC-

SECTIO IV.

De ſubſtitutione Exemplari.

SVMMARIVM.

EXemplaris ſubſtitutio ad exemplum Pupillaris introducta eſt, & inde Exemplaris dicitur, num. 756.

Quo ordine de illa in præſenti agendum? ibid.

EXemplaris ſubſtitutio eſt valde affinis Pupillari, ad cujus ſimilitudinem, & exemplum introducta eſt, vnde Exemplaris dicitur, *l. Ex facto, in princ. ff. de Vulgari, l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. §. Qua ratione, Inſtit. de Pupil.* Idcirco poſt excuſſam Pupillarem, peropportunè venit ſtatim excutienda ipſa Exemplaris: cujus tota materia hoe ordine digerenda eſt. Primò dicemus, quid, & quotuplex ſit Exemplaris ſubſtitutio? Deinde cui, & à quo fieri poſsit? Tertiò, quinam poſsint per eam ſubſtitui? Quartò, quos habeat effectus? Vltimò quando finiatur? Sub quibus capitibus alia etiam minùs principalia continentur; quæ ſuis locis tradenda ſunt.

§. 1. *Quid, & quotuplex ſit Exemplaris ſubſtitutio?*

SUMMARIUM.

TRaditur optima definitio ſubſtitutionis Exemplaris, num. 757.

Exemplaris ſubſtitutio diuiditur in Expreßam, Tacitam, & Miſtam, & explicatur primum membrum; quod ſubdiuiditur in Exemplarem Expreſſam verbis ſpecialibus, & Expreßam verbis generalibus, num. 758.

Quæ ſit Exemplaris Tacita? num. 759.

Sub Vulgari Expreſſa continetur Tacita Exemplaris, num. 760.

Præfata reſolutio procedit, etiamſi is cui ſubſtitutio eſt facta, nondum eſſet mentecaptus, quando teſtamentum fuit conditum, num. 761.

Si teſtator ſubſtituat vulgariter, & per fideicommiſſum, non continetur Tacita Exemplaris ſub illa Vulgari, quantumuis expreßa, num. 762.

Sub Reciproca Vulgari facta duobus imparibus, videlicet vni ſanæ mentis, & alteri furioſo, non continetur Tacita Exemplaris, etiam reſpectu ipſius furioſi, num. 763.

In caſibus in quibus ſub Expreſſa Vulgari non continetur Tacita Pupillaris, non continetur etiam Tacita Exemplaris, num. 764.

Vtrum ſub Expreſſa Pupillari contineatur Tacita Exemplaris? Reſpondetur. Aut Pupillaris eſt cum expreſsione temporis ante pubertatem, & tunc aliqui negant, num. 765. Alij verò probabiliùs affirmant, num. 766. Aut eſt facta ſine temporis limitatione: & tunc conueniunt DD. contineri ibi Exemplarem, ſiue Tacitam, vt quidam volunt: ſiue Expreſſam, vt alij probabiliùs ſentiunt, num. 767.

Vtrùm Exemplaris Tacita comprehenſa ſub Expreßa Pupillari habeat locum quando impubes non erat furioſus tempore teſtamenti, ſed poſt mortem patris in amentiam incidit? num. 768.

Quæ ſit Exemplaris Miſta, ſeu partim Expreſſa, & partim Tacita? num. 769.

Exemplaris Expreſſa in vnum caſum extenditur ad caſus non expreſſos, & vt talis extenſio fiat, ſatis eſt quòd caſus tacitus eueniat poſt teſtamentum factum, num. 770.

Quibus verbis fiat ſubſtitutio Exemplaris? num. 771. remiſsiuè.

HVjus ſubſtitutionis quidditas varijs 757 definitionibus à diuerſis Authoribus explicatur: quæ tamen omnes in idem recidunt, ſolùmque differunt in eo quòd quædam aptius & diſtinctiùs, quædam minùs aptè naturam, & proprietatem hujus ſubſtitutionis declarant, Igi-

Digitized by Google

tur alijs omiſsis, quæ apud Polit. Zaſ. Leon. Trentacinq. & alios in hac materia, videri poſſunt, illa nobis videtur optima, quam tradidimus *ſect.* 1. *hujus diſp. num.* 14. quæ ſic habet. *Eſt ſubſtitutio directa, qua pater, vel mater, vel alius aſcendens, juxta ſui gradus prærogatiuam hæredem inſtituit ſuo deſcendenti laborantem aliquo naturali, & perpetuo impedimento, propter quod teſtari non poteſt, vt furioſo, mentecapto, ſurdo, & muto à natiuitate.* Quæ definitio ſeu potiùs deſcriptio, ſumpta eſt *ex d. Ex facto, ff. de Vulgari, d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. & d. §. Qua ratione, Inſt. de Pupillari*; in quibus duntaxat locis juris Ciuilis de hac ſubſtitutione agitur, vt Leon. *in ſuo tract. de hac materia* aduertit.

758 Diuiditur etiam hęc ſubſtitutio in Expreſſam, Tacitam, & Miſtam, ideſt, partim Expreſſam, & partim Tacitam. Expreſſa eſt, quæ verbis teſtatoris exprimitur: & hęc, vel eſt Expreſſa verbis ſpecialibus, vel tantùm generalibus. Expreſſa verbis ſpecialibus eſt, quæ fit verbis exprimentibus propriam, & ſpecificam differentiam hujus ſubſtitutionis, vt quando teſtator diceret, *Si filius meus in furore deceſſerit, ſit ei hæres Titius*, vel, *ſi filius meus deceſſerit durante furore, vel alio impedimento naturali, ex quo teſtari non poſſit, ſubſtituo ei Titium.* Expreſſa verbis generalibus eſt, cùm ſolùm exprimitur genus, ſub quo ſpecies Exemplaris comprehenditur, vt quando teſtator habens filium furioſum diceret, *Inſtituo filium meum, & ſubſtituo illi Titium*, quæ ſatis ex ipſis terminis, atque ex dictis in ſimili de Vulgari, & Pupillari aperta ſunt.

759 Exemplaris Tacita eſt, quæ non ex verbis, ſed ex pręſumpta voluntate teſtatoris colligitur, vt ſi in Expreſſa Vulgari, vel Pupillari contineatur. Quare duplex in præſenti eſt quæſtio: prima vtrùm reuerà contineatur in Vulgari Expreſſa? Secunda, vtrùm in Expreſſa Pupillari? Vtrique facilè ſatisfiet.

760 Ad primam reſolutiuè dicendum, ſub Expreſſa Vulgari contineri Tacitam Exemplarem. Ita Barth. *in d. l. Ex facto, numer.* 32. *& ſeq. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 77. Salic. *in d. l. Humanitatis, col. antepen. verſ. Quæro quinto, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Bald. *tract. de Subſtit. rubr. de Exemplari, num.* 13. Polit. *de Subſtitut. vbi de Exemplari, numer.* 3. Zaſ. *tract. etiam de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 8. Leon. *de Subſtitution. vbi de Exemplari, num.* 10. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 6. *num.* 5. *de Teſtament.* Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumpt.* 41. *num.* 2. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 3. *cap.* 2. *ſub num.* 4. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 29. *num.* 1. eſtque communiſsima DD. ſententia, cui vix vnus, aut alter contradicit. Fundamentum eſt, quia ex præſumpta voluntate teſtatoris ſub Expreſſa ſubſtitutione Vulgari comprehenditur Pupillaris Tacita, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*: eadem autem eſt ratio, vt etiam comprehendatur Tacita Exemplaris, quæ ad ſimilitudinem Pupillaris pari de cauſa introducta eſt, *d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* Nec obſtat quòd vulgò dicitur, duo ſpecialia non debere ſimul concurrere, vt per *l.* 1. *Cod. de Dotis promiſ.* Nam hoc intelligitur, quando ſpecialia ex eodem fonte originem traherent: non autem quando ex diuerſis, vt in præſenti, ſiquidem Pupillaris habet locum ratione ætatis: Exemplaris autem ratione amentiæ, vel alterius impedimenti naturalis. Præterea hæc ſpecialia nunquam poſſunt ſimul cõcurrere; quia dum habet locum Pupillaris, ceſſat Exemplaris, argum. *l. Qui habet, ff. de Tutel.*

Hæc reſolutio ampliatur vt procedat, 761
etiamſi is, cui ſubſtitutio eſt facta, nondum eſſet mentecaptus quando teſtamẽtum fuit conditum, ſed poſtea in amentiam incidit. Sic Ripa *in d. l. Ex facto, numer.* 77. Polit. Zaſ. Leon. Trentacinq. *vbi ſupra*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 16. *num.* 11. Menoch. *d. præſumpt.* 41. *num* 9. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 29. *num.* 4. Ratio eſt, quia Tacita Exemplaris comprehenditur ſub Expreſ-

preſſa Vulgari; quia præſumitur, quòd pater ſi cogitaſſet filium eſſe deceſſurum in furore illi exemplariter ſubſtitueret: talis autem præſumptio non ſolùm habet locum, ſi filius jam eſſet amens, quando teſtamentum conditum fuit, ſed etiam ſi poſtea in amentiam incideret. Vnde nõ refert, quod aliqui in contrarium conſiderant, ſcilicet admittendum non eſſe, quòd pater triſtem filij caſum cogitauerit; & ſic non debere præſumi, quòd ei ſubſtituerit in caſum, quo poſtea in amentiam incideret, atque in ea decederet. Hoc, inquam, non refert, quia ſententia tradita non fundatur in eo quod pater talem caſum cogitauerit, ſed in eo quòd, ſi illum cogitaret, uerоſimiliter filio exemplariter ſubſtituiſſet. Accedit, quòd quando agitur de prouidendo alicui, etiam caſus triſtis conſiderabilis eſt, *l. Generaliter, §. Si homini libero, ff. de Fideicommiſſ. liber. l. Placet, ff. de Liber. & poſth.* Hæc igitur ſententia eſt tenenda, licèt contraria magis placuerit. Barth. *ſupra, d. num.* 23. quem aliqui ſequuntur apud Trentacinq. & Fuſar. *loco citat.*

762 Limitatur autem prædicta reſolutio principalis primò, niſi teſtator poſt aditam hæreditatem expreſsè ſubſtituiſſet per Fideicommiſſariam. Nam tunc non continetur Tacita Exemplaris ſub Expreſſa Vulgari, Ita Ruin. *conſil.* 102. *fine.* 2. Mantic. *d. tit.* 16. *num.* 12. Menoch. *d. præſumpt.* 41. *num.* 12. & Fuſar. *ſup. num.* 6. Ratio eſt, quia Expreſſa prouiſio teſtatoris facit ceſſare Tacitam prouiſionem legis, *l. Cum ex filio, §. 1. ff. de Vulgari, l. vlt. Cod. de Pact. conuent.* quæ regula non ſolùm procedit quando tacitum & expreſſum eſt circa idem, vt in ciuitatis juribus, ſed etiam quando eſt expreſſum circa diuerſum, vt probat text. *in l. Maritus, Cod. de Procurat.* & notat Ruin. & Menoch. *ſupra.*

763 Limitatur ſecundò, niſi teſtator reciprocè ſubſtituiſſet duobus imparibus, videlicet vni ſanæ mentis, & alteri furioſo: quia cùm Exemplaris non poſsit habere locum in mentis compote, neutri facta eſſe intelligitur, ne detur inæqualitas, vt per *l. Iam hoc jure, verſ. Quod ſi alter, ff. de Vulgari,* vbi propter vitandam inæqualitatem, quando Reciproca facta eſt duobus imparibus, quorum alteri non poteſt pupillariter ſubſtitui, neutri cenſetur facta Pupillaris Tacita. Et ita docent Barthol. *in d. l. Ex facto, num.* 25. *ff. de Vulgari* Mantica *d. tit.* 16 *num.* 13. Menoch. *ſupra, numer.* 14. & Fuſar. *d. q.* 29. *numer.* 7.

Aliæ limitationes colligi poſſunt ex ijs 764
caſibus, in quibus Tacita Pupillaris non continetur ſub Expreſſa Vulgari, vt bene aduertunt Menoch. & Fuſar. *ſup.* ſiquidem Exemplaris Pupillarem imitatur, eiſdémque legibus regulari ſolet. Caſus autem in quibus Tacita Pupillaris non continetur, tradidimus *ſupra ſect.* 2. *§.* 22. *ex num.* 355.

In ſecunda quæſtione, an ſcilicet Taci- 765
ta Exemplaris contineatur ſub Expreſſa Pupillari? Duo caſus à DD. diſtinguuntur. Primus eſt, quando Pupillaris facta eſt cum expreſſa limitatione temporis, vt, *Si filius meus decedat ante pubertatē,* & in hoc caſu tenet Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 25. non contineri Tacitam Exēplarem; quam ſententiam ſequuntur Alex. & Iaſ. *ibid.* Bald. *in d. l. Humanitatis, Cod de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Imola *in c. Raynutius, in materia Exemplaris, de Teſtament.* Leon. *de Subſtit. in materia Exemplaris, num.* 14. & cæteri communiter, vt Ripa, & Trentac. *infra citandi* affirmant. Fundamentum Bartholi eſt, quia in hoc caſu non habet locum Exemplaris ante pubertatem, cùm pro tali tempore duret Pupillaris Expreſſa, qua ſtante ceſſat Exemplaris: neque etiam poſt pubertatem, cùm teſtator ſubſtitutionem reſtrinxerit ad tempus ante pubertatem, & ſic vltra illud tempus non valeat, *l. Si ita quis, & d. l. Ex facto, §. Item quæro, ff. de Vulgari.*

Contrarium nihilominus tenenr meri- 766
tò Ripa *in d. l. Ex facto, num.* 78. Couar. *in cap. Raynutius. §.* 5. *num* 5. *verſ. Decimò accedit, de Teſtament.* Polit *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, ſub numer.* 3. Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 5. *tit.*

Digitized by Google

*tit.*16. *num.* 26. Trentacinq *de Subſtit. p.*3.*cap.*2.*ſub num.*5. & cum alijs Menoch. *de Præſumpt.lib.*4 *præſumpt.* 42. *numer.*9. Ratio eſt, quia Pupillaris Expreſſa inducit Vulgarem Tacitam durantem vltra tempus pubertatis, ſi pupillus non adita hæreditate poſt pubertatem decedat, vt cum veriori ſententia ex profeſſo tradidimus *ſect.*2. *hujus diſp.* §.26. *num.* 428. *& ſeqq.* Eadem autem eſt ratio, imò fortior, vt Exemplaris Tacita per Pupillarem Expreſſam inducatur poſt pubertatem; cùm Exemplaris non ſit contraria Pupillari, vt eſt Vulgaris, ſed potiùs valde ſimilis, & in habentibus ſymbolum, ideſt, ſimilitudinem, facilior ſit tranſitus, *l. In rem*, §. *Item quæcumque*, *ff. de Rei-uend. & l. Si acceptilatum*, *ff. de Acceptil.* Neque obſtar, quòd Pupillaris ſit facta cum reſtrictione ad tempus ante pubertatem: quia illa reſtrictio ineſt tacitè & ex natura rei ſubſtitutioni Pupillari, & ſic ejus expreſſio nihil operatur; ſolumque intelligitur appoſita, cauſâ demonſtrationis, & non ad reſtringendam Exemplarem, aut Vulgarem Tacitam ibi comprehenſam. Accedit, quòd Tacita Exemplatis non ſubintelligitur ex ſignificatione verborum, ſed ex interpretatione voluntatis defuncti, vt cenſeatur in hunc caſum ſubſtituiſſe, ſicut de Tacita Vulgari, & Tacita Pupillari ſuis locis dictum eſt, & notat ad præſens inſtitutum Mantica *vbi ſupra.*

767 Secundus caſus eſt, quando Pupillaris eſt facta abſque temporis limitatione, vt cùm pater impuberi ſubſtituiſſet dicendo; *Filio meo Titius hæres eſto.* In hoc caſu docet Barth. *d.n.*25. ſub ea Pupillari cõtineri Tacitam Exemplarem locum habituram poſt pubertatem: quam ſententiam ſequuntur Alex. Jaſ. & multi alij *in d.l. Ex facto*, Bald. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Salic. *num.*38. Alberic. *in l. Precibus*, *num.*82. *C. eod.* Menoch. *d. præſumpt.*42. *num* 4. Trentac. *de Subſtit. p.*3.*c.*2.*ſub n.* 5. *verſ. Secundus caſus*, & eſſe communem ſententiam teſtantur Ripa *in d. l. ex facto*, *n.* 78. *& ibi* Alciat *n.*70. *in fine.* Fundamentum eſt, quia cùm teſtator non limitauerit tempus, præſumendum eſt ejus voluntatem fuiſſe, vt quando ſubſtitutio jam non poſſet valere ut Pupillaris, eoquod eſſet lapſum tempus pupillare, ſuſtineretur & valeret vt Exemplaris poſt tale tẽpus. Hanc tamen ſententiam, quatenus dicit in illa ſubſtitutione conſignari Tacitam Exemplarem, & non potiùs Exemplarem Expreſſam, improbant meritò Ripa, & Alciat. *loco proximè cit.* Polit. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari*, *ſub n.*3. Leon. *de Subſtit. in materia Exemplaris*, *n.* 15. & Mantica *d. tit.* 16. *ſub n.* 15. *& n.* 16. Vbi alios idem tenentes adducit: nam prædicta verba non ſolùm conueniunt Pupillari ſubſtitutioni, ſed etiam Exemplari, & exprimunt reverà genus, ſub quo Exemplaris cõtinetur, vt liquidò conſtat: quoties autem exprimitur genus alicujus ſubſtitutionis, talis ſubſtitutio eſt expreſſa verbis generalibus: Ergo talis cenſenda eſt Exemplaris, quæ in prædicto caſu continetur: & ita ſentiunt DD. proximè citati, licèt non omnes eodem modo loquantur: quorum aliqui prædictam ſubſtitutionem Compendioſam appellant, continentem ſcilicet Pupillarem, & Exemplarem verbis generalibus expreſſam.

Vtrum Exemplaris Tacita comprehen- 768
ſa ſub Expreſſa Pupillari, habeat locum quando impubes non erat furioſus tempore teſtamenti, ſed poſt mortem patris in amentiam incidit? Reſpondet affirmatiuè Menoch. *d. præſumpt.*42.*n.*10. poſt Alberic. *in d.l. Precibus*, *n.* 82. ſi modo talis impubes in amentiam incidit ante pubertatem: ſecùs autem ſi poſt pubertatem. Quæ reſolutio quoad priorem partẽ ſatis conſtat ex dictis *n.* 761. circa Tacitã Exemplarem cõtentam ſub Expreſſa Vulgari. Quoad ſecundam vero partem non ſatis mihi probatur; quia cùm Exemplaris non reſtringatur ad tempus ante pubertatem, non video cur illa tacita locum habere nequeat in incidente in amentiam poſt pubertatem, ſi ſemel admittimus, nõ oportere quòd ſit furioſus tempore teſtamenti.

Exemplaris partim Expreſſa, & partim 769
Tacita

Digitized by Google

Tacita eſt, cùm facta eſt expreſsè in vnũ caſum, & extenditur ad alium non expreſſum. Vt hoc intelligatur ſupponendum eſt ex infra dicendis, Exemplarem ſubſtitutionem non ſolùm poſſe fieri furioſo, ſed etiam ſurdo, & muto, aut ſimilem morbum naturalem habenti, ex quo teſtari non poſsit. Igitur ſi pater filio ſubſtituat expreſsè in caſum, quo decedat furioſus, talis ſubſtitutio eſt Exemplaris Tacita in caſum quo filius, recuperata mente, decedat mutus & ſurdus, & ita eſt partim Expreſſa, nempe quoad caſum furoris, & partim Tacita, nempe quoad caſum mutitatis.

770 Quòd autem Exemplaris Expreſſa in vnum caſum extendatur ad non expreſſos, tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 28. Bald. *in d. l. Humanitatis, numer.* 65. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Ripa *in d. l. Ex facto* dicens eſſe communem ſententiam, Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib.* 5. *tit.* 16. *num.* 10. Trentacinq plures referens *d. p* 3. *de Subſtit. cap.* 2. *num.* 6. & alij communiter. Ratio eſt primò, quia in ſubſtitutionibus fit largiſsima interpretatio, vt per Gloſ. & DD. *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantùm ff. de Liber. & poſthum.* Vnde Vulgaris Expreſſa in vnum caſum extenditur ad alium, *d. §. Et quid ſi tantùm, & l. Iam hoc iure, ff. de Vulgari, & l. vltim. Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* & diximus latè *ſupra, ſect.* 2. *§.* 14. Eadem autem eſt ratio de Exemplari. Secundò quia expreſſa prouiſio teſtatoris in vnum caſum porrigitur ad alium, in quo teſtator, ſi cogitaſſet idem diſpoſuiſſet, *l. Lucius, §. Lucius,* & ibi Barth. & alij, *ff. de Liber. & poſthum.* In præſenti autem teſtator idem veroſimiliter in caſu tacito diſpoſuiſſet ſi de eo cogitaſſet, vt nemo diffitebitur: ergo, &c. Ex qua ſecunda ratione concludit etiam, & bene Mantica *ſupra,* aduerſùs Salic. vt Exemplaris Expreſſa in vnum caſum, v. c. furoris, extendatur ad non expreſſum, v. c. mutitatis, non oportere quòd filius tempore teſtamenti vtroque morbo laboret, ſed ſatis eſſe quòd poſtea incidat in morbum non expreſſum; cùm veroſimile ſit, quòd teſtator, ſi de illo cogitaſſet, idem diſpoſuiſſet, quod in caſu expreſſo.

Ex dictis facilè colliges, quibus verbis 771 Exemplaris ſubſtitutio fieri poſsit, factaque eſſe intelligatur; & ideo hac in re immorandum non puto; ſiquis tamen plura deſideret conſulat Menoch. *de Præſumption. lib* 4. *præſumpt.* 49. vbi non paucos circa hoc proponit, ac reſoluit caſus. Videatur etiam Prętis *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 2. *dub.* 1. *ſolut.* 7. *num.* 19. vbi copioſè tractat de verbis, ex quibus cognoſcitur facta eſſe Exemplaris.

§. 2. *Cui poſsit fieri Exemplaris ſubſtitutio?*

SVMMARIVM.

Exemplaris ſubſtitutio fieri poteſt filijs, & alijs deſcendentibus vtriuſque ſexus. Quod ampliatur, 1. *etiamſi non ſint in poteſtate ſubſtituentis:* 2. *etiamſi non ſint naturales & legitimi, ſed tantùm legitimi (vt per arrogationem) vel legitimati; numer.* 772.

Vtrum filijs naturalibus non legitimis neque legitimatis poſsit pater exemplariter ſubſtituere? Quidam negant; numer. 773. *Alij affirmant; num.* 774. *Prima ſententia præfertur, præterquã vbi filijs naturalibus debetur legitima ex bonis patris, vt in Luſitania, quando pater eſt plebeius; num.* 775.

Filijs etiam ſpurijs poteſt mater exemplariter ſubſtituere, niſi ſit illuſtris, vel eos habuerit ex coitu punibili per leges; num. 776.

Exemplaris ſubſtitutio ſolùm poteſt fieri laborantibus aliquo naturali, & perpetuo defectu, ratione cujus teſtari non poſsint; num. 777.

Exemplaris ſubſtitutio fieri poteſt filio mentecapto, vel furioſo; & qui dicatur furioſus? ibid. Vtrùm etiam poſsit fieri fatuo? num. 779. *Si filius ita ſit fa-*

Digitized by Google

fatuus, vt prudentium arbitrio non ſit capax peccandi mortaliter, poteſt ei exemplariter ſubſtitui; num.779.

Exemplaris ſubſtitutio non poteſt fieri habenti lucida interualla; neque phrenetico, neque mentecapto, qui antequam incideret in amentiam validum teſtamentum fecit; num.780.

Exemplaris ſubſtitutio poteſt fieri ſurdo, & muto à natiuitate, item ei qui non à natiuitate, ſed poſtea in eam infirmitatem incidit, ſi ſcribere neſciat; numer. 781.

Vtrum prodigo, cui bonis interdictum eſt, poſsit fieri Exemplaris? Negant aliqui; num.782. Alij verò meliùs affirmant; num. 783.

Exemplaris ſubſtitutio non ſolùm poteſt fieri puberibus (de quo nulla prorſus eſt dubitatio) ſed etiam impuberibus, præſertim ſi ſint conſtituti extra patriam poteſtatem; num 784.

Vtrùm pater poſsit ſubſtituere exemplariter impuberi exiſtenti ſub ejus poteſtate? Negant magis communiter DD. num.785. & ſeqq. Addunt tamen hi DD. quòd talis ſubſtitutio ſi fuerit facta abſque limitatione temporis, valebit vt Pupillaris ante pubertatem, & vt Exemplaris poſt pubertatem: ſi autem fuerit facta cum temporis limitatione, ſolùm valebit vt Pupillaris intra ætatem pupillarem; num. 787. Alij verò ſimpliciter affirmant, patrem poſſe ſubſtituere exemplariter impuberi furioſo exiſtenti in poteſtate; num.788. & ſeq. Hæc ſecunda ſententia præfertur, & ſoluuntur fundamenta contrariæ; num.792.

Mater poteſt ſubſtituere exemplariter impuberi furioſo exiſtenti in poteſtate patris, nolente patre ei ſubſtituere; numer.790.

Fortè impuberi furioſo non poteſt ſubſtitui pupillariter; num.791. Sed tamen contrarium eſt tenendum; 792.

Si impuberi furioſo facta ſit per patrem ſubſtitutio ſimpliciter, non exprimendo magis caſum Exemplaris, quàm Pupillaris, talis ſubſtitutio potiùs cenſebitur Pupillaris, quàm Exemplaris; num.793.

Si impuberi furioſo facta ſit Exemplaris Expreſſa, & ille ante pubertatem ſanæ mentis reddatur, expirabit ipſa Exemplaris, & ſuccedet Pupillaris Tacita in illa contenta; num.794.

PRima regula hac in re eſt, Exemplarem ſubſtitutionem fieri poſſe filijs, 772
& alijs deſcendentibus vtriuſque ſexus, *d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. §. Qua ratione, Inſt. de Pupillari.* Hæc regula ampliatur primò, vt locũ habeat etiam in liberis, qui non ſunt in poteſtate ſubſtituentis. Nam mater filios non haber in poteſtate, & tamen illis poteſt exemplariter ſubſtituere, vt conſtat ex *d. l. Humanitatis,* ibi: *Parentibus indulgemus,* & tenent omnes. Vnde etiam filio emancipato ſubſtitui poteſt exẽplariter, vt notant Ripa *in d. l. Ex facto, num.* 64. Cephal. *conſil.* 689. *num.* 32. Odd. *de Subſtit. in prælud. de Compend. p.* 4. *q.* 4. *num.* 2. Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 6. *num.* 6. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 183. *num.* 4. Ampliatur ſecundò, vt etiam locum habeat in filijs legitimis, qui naturales non ſunt, vt in arrogatis, ſeu adoptiuis adoptione perfecta, vt tenet & declarat Leon. *de Subſtit. in materia Exemplaris, num.* 27. cùm his poſsit fieri Pupillaris, ad cujus exemplum introducta fuit Exemplaris. Ampliatur tertiò, vt locum etiam habeat in legirimatis, vt notat idem Leon. *num.* 26. & Fuſar. *d. q.* 183. *num.* 11. cum Gallo, quem refert, quòd his etiam poſsit ſubſtirui pupillariter, vt ſuo loco vidimus.

Vtrùm verò filijs naturalibus non legi- 773
timis, neq; legitimatis, poſsit pater exemplariter ſubſtituere? Quæſtio eſt ſatis controuerſa. In qua partem negatiuam tenent Angel. *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari,* & ibi Aretin. Imola, Cuman. Alex. Jaſ. & Ripa, Arerin. *in d. l. Humanitatis,* & ibi Jaſ. Polit. *tract. de Subſtit. rubr. de Exemplari, num.* 12, Zaſ. *tract. de Subſtit. cap.* 3. *n.* 4. Menchac. *de Succeſſ.*

ſro-

Digitized by Google

progreſſ. lib. 2. *§.* 17. *num.* 10. *& ſeq.* Simon de Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dub.* 1. *ſolut.* 7. *num.* 10. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 6. *num.* 6. Trentacinq. *de ſubſtitut. p.* 3. *cap.* 4. *prope finem*, & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 183. *num.* 5. atque hæc eſt communis ſententia, vt fere omnes proximè citati affirmant, cujus præcipuum, & capitale fundamentum ſumitur ex *d. l. Humanitatis*, vbi tantummodo indulgetur, vt parentes poſsint ſubſtituere exemplariter filijs mentecaptis, quibus legitima debetur: vnde cùm filijs tantùm naturalibus non debeatur legitima ex bonis patris, ſecundùm jus commune, vt per *l. Vxorem, §. Pater naturalis, ff. de Leg.* 3. fit vt pater talibus filijs non poſsit exemplariter ſubſtituere.

774 Contrariam tamen ſententiam magis probant Barth. *in d. l. Ex facto, num* 6. & & ibi Salic. & Hieron. Venus, Bald. *in d. l. Humanitatis, num* 44 & ibi Salic. Curt. jun. *num.* 13. Corn. *num.* 9. Coraſ. *num.* 7. & Dec. *num.* 7 Leon. *de Subſtit. in materia Exemplaris, num.* 33. Fumeus *de Exẽplari ſubſtit. num.* 65. & alij apud Fuſar. *ſupra num.* 6. Ducuntur primò, quia ſola ratio humanitatis, & pietatis fuit cauſa, vt parentibus concederetur, quòd poſſent ſubſtituere exemplariter filijs mentecaptis, vt patet ex *d. l. Humanitatis*, ibi: *Humanitatis intuitu*, &c. hæc autem ratio militat etiam reſpectu filiorum naturalium, cùm fundetur in ipſa natura, quæ æqualiter ſe habet ad omnes filios. Secundò, quia conceſsio ſubſtituendi exemplariter pariformiter facta fuit tam patri, quàm matri, vt conſtat ex *d. l. Humanitatis:* ſed mater etiam filijs naturalibus poteſt exemplariter ſubſtituere, vt infra explicandum eſt, & omnes communiter admittunt: ergo etiam pater. Neque obſtat quòd *in d. l. Humanitatis*, ſolùm dicitur quòd parentes poſsint ſubſtituere exemplariter filijs, quibus legitima debetur, quales reſpectu patris non ſunt naturales illegitimi. Quia reſpondetur, ibi nõ dici, quòd illis tantùm filijs poſsint parẽtes facere Exemplarem ſubſtitutionem, ſed ſolùm, quòd liceat parẽtibus filijs mẽtecaptis exemplariter ſubſtituere, portione legitima eis relicta: quæ vltima verba rectè accipiuntur conditionaliter, ideſt, ſi ea portio eis debita ſit; neq; oportet quòd intelligantur appoſita causâ reſtringendi conceſsionem ad ſolos filios, quibus legitima debetur, ſed tantùm vt caueatur, ne teſtamentum per querelam inofficioſi expugnari poſsit, ſi legitima illis debeatur, vt ſatis patet ex ipſo textu *d. l. Humanitatis*, ibi: *Vt occaſione hujuſmodi ſubſtitutionis ad exemplum Pupillaris, querela nulla contra teſtamentum oriatur.* Vnde ſi filij tales ſint, quibus legitima non debeatur, inde non ſequitur, quòd pater nequeat eis ſubſtituere exemplariter. Qua ratione licèt *in l.* 2. *in princ. ff. de Vulgari*, dicatur, ita demũ poſſe pupillariter ſubſtitui liberis, ſi hæredes inſtituti ſint, vel exhæredati, talis conditio ſolùm poſtulatur in filijs, qui ex cauſa præteritionis poſſunt rumpere teſtamentum, & non tollitur quominus Pupillaris ſubſtitutio fieri poſsit liberis præteritis, ſi tales ſint qui teſtamentum non rumpant, vt cum Barth. & communi vidimus *ſect. præced. §.* 7. *numer.* 556.

Difficile ſane eſt inter has ſententias 775 judicium ferre: at cùm prima ſit communis maius videtur habere ponderis, & ideo cùm ea transeundum eſt: eâ igitur retentâ, ad primum fundamentum contrariæ reſpondetur, licèt ratio humanitatis fuerit principalis cauſa concedendi parentibus facultatem ſubſtituendi exemplariter filijs mentecaptis; attamen fuiſſe etiam habitum reſpectum ad legitimam ipſis filijs debitam, cùm negari non poſsit conformius rationi eſſe, vt illi parenti, in cujus bonis filius habet legitimam dicta facultas concederetur, quàm ei, qui legitimam filio non debet. Ad ſecundum reſpondetur pariformitatem illius conceſsionis cõſiſtere in eo, vt tam patri, quàm matri liceat exemplariter ſubſtituere filijs, quibus legitimam debet. Vnde etiam mater dicta facultate non gaudet, niſi reſpectu filiorũ, quibus legitima ex ejus bonis debetur, vt infra explicabimus. Et quod de

Aa pa-

Digitized by Google

patre dictum eſt reſpectu filiorum naturalium, intelligendum eſt vbi ſeruatur jus commune, ex quo talibus liberis legitima non debetur ex bonis patris; non autem vbi lege, vel ſtatuto contrarium habetur, vt in Luſitania, vbi filij naturales hominis plebeij ſuccedunt patri, ſicut legitimi, etiam legitimis exiſtentibus, vt per *Ordin. Reg. lib.4.tit.92.in princ.*

776 Circa filios autem naturales reſpectu matris, conueniunt DD. poſſe illis per matrem exemplariter ſubſtitui, vt videre eſt apud Politum, Zaſium, Anton.Gom. Prætis, Trentaeinq. & Fuſar. *locis ſupra citat.* qui plures alios referunt, quia filij naturales ſuccedunt matri, ſicut legitimi, & ſimul cum legitimis nec tantùm merè naturales, ſed etiam ſpurijs id eſt, vulgo concepti, vt *per l. Si ſuſpecta, §. 1. ff. de Inoffic. teſtam. l.1. §.1. ff. Ad Tertul. & §. Nouiſsimè, Inſt. Ad Orfician.* Vnde etiam ſpurijs poteſt mater ſubſtituere exemplariter, vt aduertunt Polit. Zaſ. Trentaeinq. Fuſar. & alij. Non procedit autem hęc reſolutio in matre illuſtri: nam filijs matris illuſtris vulgo conceptis nulla legitima in ejus bonis debetur, *l. Si qua illuſtris, Cod. Ad Orfician.* Non procedit etiam in filijs ſpurijs natis ex coitu damnato, ſeu punibili per leges; quia eis non debetur legitima ex bonis maternis, *Auth. Ex complexu, & in corpore vnde ſumpta eſt, Cod. de Inceſt. nupt.* Vtramque limitationem tradunt DD. proximè citat.

777 Secunda regula eſt, Exemplarem ſubſtitutionem ſolùm poſſe fieri laborantibus aliquo naturali, & perpetuo defectu, ratione cujus teſtari non poſsint: patet hoc ex definitione ſupra tradita *numer. 757.* Qui autem ſint defectus locum facientes huic ſubſtitutioni, ſingillatim explicandum eſt; in primis ergo conſtat Exemplarem ſubſtitutionem fieri poſſe à parentibus filio menteecapto. Ita expreſsè habetur *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut. & in dict. §. Qua ratione, Inſt. de Pupillari.* Eſt autem menteecaptus, idem quòd amens, ſeu qui ſano judicio rationis caret ad operandum moraliter, & humano modo. Qui quidem ſi in rabiem agitur, ita vt oporteat eum vinculis teneri, ne in ſe, vel alios deſæuiat; dicitur furioſus: ſi verò eſt innoxius, & ſolùm caret judicio rationis, dicitur propriè amens: & in vtroque habet locum tradita reſolutio, ex omnium ſententia, ſi vnum excipias Angelum, qui exiſtimauit, non poſſe exemplariter ſubſtitui furioſo: illum tamen bene refellit Trentaeinq. *de Subſtitution. p. 3. cap. 4. numer. 1.* eſtque res manifeſta, tum per prædicta jura, vbi ſub menteecapto manifeſtè comprehenditur furioſus: tum per *d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, vbi fit expreſſa mentio Exemplaris factę furioſo.

Si autem quæras, vtrùm etiam in fatuo locum habeat hæc ſubſtitutio? Reſpondet Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 6. numer. 2.* ſi fatuitas ſit tanta, vt omnino tollat intellectum, eam ſufficere ad hanc ſubſtitutionem, cùm taliter fatuus non poſsit teſtari, neque differat ab amente: ſecùs autem, ſi tanta non ſit; cùm ad teſtandum perfectum judicium non requiratur, ſed ſufficiat teſtatorem eſſe vtcumque doli capacem; ſiquidem Minores vbi ad pubertatem perueniunt, ſtatim poſſunt teſtari, cùm tamen plerique nondum perfectam judicij maturitatem aſſecuti ſint. Idem ferè docent cęteri Juriſtæ, vt Ripa *in d. l. Ex facto numer. 82.* Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib. 2. §. 17. numer. 110.* Trentaeinq. *de Subſtitut. p. 3. cap. 4. numer. 9.* Fuſar. *de Subſtitut. q. 185. numer. 13. & ſeq.* multique quos refert. 778

Ego verò ita dixerim, qui ita fuerit demens, vt prudentum arbitrio non habeat judicium ſufficiens ad peccandum mortaliter, huic fieri poſſe Exemplarem: ſecùs autem ei, qui mortaliter peccandi eſt capax: nam ad teſtandum omnino requiritur, & ſufficit talis rationis vſus, qui ad mortaliter peccandum ſufficiens ſit, vt notauimus *diſp. 2. ſect. 1. numer. 2.* & videtur eſſe communis ſenſus. Quoties au- 779

Digitized by Google

autem ob defectum ſanæ mentis quis teſtari non poteſt, locum in eo habet Exemplaris, ſi alia requiſita concurrant, vt eſt communis ſententia, quam ſub his terminis relatis plurimis, tradit Prætis *d. ſolut. 7. num.* 8. per text. *in d. l. Ex facto, & in d. l. Humanitatis, & d. §. Qua ratione.* Et patet ratione, quia Exemplaris fuit introducta ad exemplum Pupillaris, ad ſupplendum defectum naturalem filij nó valentis teſtari, ne ſine hærede inſtituto decederet, vt eſt notiſsimum per dicta jura. Igitur quæ judicij infirmitas perpetua ſufficit, vt quis teſtari non poſsit, ea ſufficit vt illi poſsit exemplariter ſubſtitui: & econtra, quæ non ſufficit ad tollendam teſtandi facultatem, ea etiam inſufficiens eſt, vt Exemplaris ſubſtitutio locum habeat.

780 Hinc fit primò, vt Exemplaris non poſſit fieri habenti lucida interualla, vt tradit Trentacinq. *de Subſtitut. p. 3. cap. vltim. num.* 1. *verſ. Huic textui,* & cùm alijs Fuſar. *d. q.* 185. *num.* 7. quia licèt talis reliquis temporibus ſit amens, vel furioſus, attamen tempore lucidi interualli eſt ſui compos, & teſtari poteſt, atque adeò non eſt ſimpliciter inteſtabilis, quod neceſſarium erat ad hoc vt Exemplaris locum habere poſſet. Fit ſecundò, vt etiam non poſsit hæc ſubſtitutio fieri phrenetico; quia cùm is non laboret morbo perpetuo, non redditur ſimpliciter inteſtabilis, ac proinde non habet in eo locum Exemplaris: & ſic tenet communis ſententia, quam relatis pluribus tradunt Menchac. *lib. 2. de Succeſſ. progreſſ. §. 17. num.* 108. Trentacinq. *d. cap.* 4 *num.* 8. & Fuſar. *d q.* 185. *num.* 12. Fit tertiò, vt fieri etiam non poſsit dicta ſubſtitutio mentecapto, qui antequam in perpetuam amentiam incideret, validum teſtamentum fecerat, vt bene aduertit Leon. *de Subſtit. in materia Exemplaris, numer.* 36. quia ſuperueniens amentia non infirmat teſtamentum antea factum, *§. Item furioſi, Inſt. Quibus non eſt permiſ. fac. teſtam.* Vnde cùm per tale teſtamentum ſibi ipſi ſufficienter prouiderit, ceſſat prorſus ratio faciendi illi Exemplarem.

Conſtat præterea fieri poſſe Exemplarem ſubſtitutionem ſurdo & muto à natiuitate, juxta communem ſententiam, quam tenent Bartholus *in d. l. Ex facto, num.* 28. & ibi Alex. *num.* 40. Jaſ. *num.* 39. Ripa *num.* 80. Imola & cæteri communiter, Bald. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ibi Salic. Paul. Caſtr. Coraſ. Dec. & Corn. Imola *in cap. Raynutius, in materia Exemplaris, de Teſtam.* & ibi Couar. *§. 6. in princip. & in ſuis tract. de Subſtitut. in materia Exemplaris,* Bald. *num.* 14. Polit. *num.* 10. & Zaſius *num.* 3. Prætis *d. ſolut.* 7. *num* 8. Anton. Gom. *d. cap.* 6. *num.* 3. P. Molin. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 181. *in princip* Mantica *lib.* 5. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 16. *num.* 20. Trentacinq *de Subſtitut. p.* 3. *cap.* 4 *num.* 7. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 185. & alij communiter, licèt nonnulli contradicant, inter quos Menchac. *tract. Controuerſ. illuſtr. cap.* 7. *num* 9. ſed audiendi non ſunt. Fundamentum eſt, quia olim de licentia Principis fiebat Exemplaris tam mentecapto, quàm ſurdo, & muto, qui teſtari non poterat, vt conſtat *ex d. l. Ex facto*; poſtea verò *in d. l. Humanitatis,* indulſit Iuſtinianus, vt ad ejuſmodi ſubſtitutionem faciendam taliter impeditis, non oporteret impetrare licentiam à Principe, ſed ipſo jure eam haberent eorum aſcendentes; & licèt ſolùm expreſſerit, vt poſſent ita ſubſtituere liberis mentecaptis, nulla facta mentione de mutis, attamen cùm ratio humanitatis, qua Imperator motus eſt, pariter in eis militet, ſicut in mentecaptis, & materia tam ipſis liberis, quàm parentibus ſit fauorabilis, meritò intelligitur ad eos etiam illa indulgentia extendi. Quo argumento idem dicendum eſt in muto, & ſurdo, qui non à natiuitate, ſed poſtea caſu aliquo in eam infirmitatem incidit, ſi neſciat ſcribere, cùm is etiam teſtari non poſsit, vt per *l. Diſcretis, Cod. Qui teſtam. facer. poſſ.* & ita docet Anton. Gom. *ſupra,* eſtque de mente Barthol. *d. num.* 28. & aliorum, qui indiſtinctè aſſerunt, muto, & ſurdo teſtari non valenti poſſe exemplariter ſubſtitui. 781

Digitized by Google

782 De prodigo, cui bonis interdictum eſt, & ſic teſtandi facultate priuato, maior eſt difficultas, an ei poſsit exemplariter ſubſtitui? In qua partem negatiuam tuentur Guillicl. de Cun. apud Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 28. Alberic. *in rubr. de Vulgari, & Pupil. in materia Exemplaris*, Angel. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Cynus *col.* 1. Joan. Andr. *in cap. Raynutius, de Teſtament.* & Menchac. *tract. Controuer. illuſtr. cap.* 37. *num.* 8. Præcipuum fundamentum hujus opinionis eſt; quia prodigalitas eſt vitium, in quod quis incidit ſuâ culpâ; & ſic non meretur fauorem, ſed pænam; ac ſibi quiſque debet imputare, quidquid incommodi eâ de cauſa ſibi acciderit.

783 Contrarium nihilominus tenent meritò Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 28. cum Ruin. quem refert, & ibi Jaſ. *num.* 40. Ripa, *num.* 80. Alex. Alciat. Imola, & alij, Bald. *in l. Humanitatis, col. antepen.* & ibi Salic. Caſtr. Corn. Iaſ. Coraſius, & Dec. Imola *in cap. Raynutius, in materia Exemplaris, de Teſtament.* & ibi Couar. *§. 6. in princip.* Anton. Gom. *d. cap. 6. num.* 4. Præt. *d. ſolut. 7. num* 8. & *in ſuis tract. de Subſtit. in materia Exemplaris* Bald. *num.* 14. Polit. *num.* 10. Zaſ. *numer.* 3. Leon. *num.* 34. *fine*, Trentacinq. *p. 3. cap. 4. num. 6. fine*, & cum alijs Fuſar. *q.* 185. *numer.* 15. eſtque receptiſsima ſententia. Probatur, quia prodigalitas oritur ex naturali defectu judicij ſufficientis ad rectè & ordinatè de proprijs bonis diſponendum; qua de cauſa cùm prodigo bonis interdicitur, & teſtandi facultas aufertur, id non fit in pænam alicujus culpæ, ſed vt ejus bono conſulatur, ne bona ſua diſsipet, & inordinatè de illis diſponat: & ſic habetur tanquam mentecaptus, qui ob judicij defectum teſtari non poteſt: proindeque locum in eo habet Exemplaris ſubſtitutio, ſicut in amente, ob paritatem rationis. Nec obſtat quòd in vitio prodigalitatis detur culpa; cùm non ad illam, ſed ad naturalem defectum cauſam illi dantem reſpiciatur. Vnde notauit Barthol. *ſupra*, quòd propter prodigalitatem non debet vitiari teſtamentum antea factum: quod ſecùs eſſet, ſi illa eſſet delictum, propter quod pæna deberet imponi circa factionem teſtamenti, vt per *d. l.* 1. *§. Exigit, ff. de Bonor. poſſeſſ. ſecundùm tab. & ibi not.*

Tertia regula ſit, Exemplarem ſubſti- 784
tutionem poſſe fieri tam puberibus, quàm impuberibus, ſi conditiones alioqui requiſitæ concurrant. Hæc ſumitur *ex d. §. Qua ratione, Inſt. de Pupillari*, ibi: *Liceat eis, etſi puberes ſint, ad exemplum pupillaris certas perſonas ſubſtituere*: vbi, dictio illa, etſi, implicat vt etiam impuberibus ea ſubſtitutio poſsit fieri: eſt enim talis dictio implicatiua, *l. Tutor, §. Contraria, de Pignorat. act.* Gloſ. & omnes *in l. Sed & ſi lege, in princip. ff. de Petit. hæredit.* Et ita in præſenti ſentiunt communiter DD. quibus immeritò refragatur Zaſius *tract. de Subſtitut. cap. 3. numer.* 7. vbi videtur ſentire, Exemplarem ſubſtitutionem ſolùm poſſe fieri puberi, quemadmodum Pupillaris ſolùm poteſt fieri impuberi, quod ſanè eſt falſum: nam ſi impubes habens aſcendentes ſit mentecaptus, & ei non poſsit pupillariter ſubſtitui, eoquòd non ſit ſub patria poteſtate, quia eſt emancipatus, vel ſolùm habet matrem, aut alium aſcendentem maternum, nulla prorſus eſt ratio, cur ei per tales aſcendentes exemplariter ſubſtitui non poſsit, cùm *in d. l. Humanitatis*, ſimpliciter & abſolutè aſcendentibus indulgeatur, vt ſi liberos habuerint mentecaptos, Exemplarem ſubſtitutionem eis facere poſsint, ad ſimilitudinem Pupillaris. Et ſic, quòd impuberi conſtituto extra patriam poteſtatem poſsit fieri Exemplaris, receptiſsima ſententia eſt, quam in ſpecie tradunt Barth. *in d. l. Ex facto, numer.* 10. & 25. & ibi Ripa *num.* 61. vbi teſtatur de communi, Odd. *de Subſtitut. in prælud. de Compend. p. 4. q. 4. num* 2. qui etiam dicit eſſe communem, Bald. *de Subſtit. tit de Exemplari, n.* 5. & 102. Polit. *de Subſtit. rubr. de Exemplari, num.* 12. Leon. *in materia de Exemplari, n* 40. Trentacinq. *de Subſtit. p. 3. cap. 4. n. 10. verſ. Mouentur iſti,*

Digitized by Google

[illegible] Inn [illegible] de [illegible] & Fab [illegible] [illegible] tum aduuerit [illegible] cuerit.

785 [illegible] fub poteſtate [illegible] Ex [illegible] quod [illegible] ſen- [illegible] in [illegible] *Si filiofamilias* [illegible] poteſtate [illegible] Ange. [illegible] R [illegible] num. 5. [illegible] in materia Exemplari, [illegible] Bartho. de Hoſt. *tract. de Subſtitution. cap.* 3. *numer.* 5. Curt. *in d. l. Humanitatis, num.* 10. & ibi Coraſ. *num.* 10. Tr [illegible] q. *d. cap.* 5. *ſub numer.* 10. qui dicit [illegible] ratione [illegible] & a [illegible] Probant primo, quia [illegible] fuit facta in- [illegible] vt per eam ſubueniretur [illegible] ne decederet inteſtatus, [illegible] ſuo ſcripto [illegible] autem ratio ceſſat in impubere exiſtente ſub patria poteſtate, cui ſuccurri poſſit per Pupillarem, quam pater illi facere poteſt: [illegible] pater ei ſubſtituere [illegible] Confirmatur, quia ſuper- [illegible] tam impubere [illegible] Ex [illegible] cum Pupil- [illegible]

786 [illegible] arg. m. t x. *in l. Qui* [illegible] *de Tute.* vbi impuberi [illegible] & ceſſat interim [illegible] ad pubertatem [illegible] Pupillaris [illegible] ratione ætatis [illegible] ſi a [illegible] tur Exemplaris [illegible] Exemplaris [illegible] poteſtat [illegible]

[illegible] non [illegible] Exemplaris [illegible] fere [illegible] impuberi [illegible] non poſt [illegible] Exemplaris.

[illegible] DD. [illegible] an Exemplaris facta per patrem [illegible] impuberi, [illegible] ratione [illegible] pro tempore poſt pubertatem? Reſpondent diſtinguendo duos caſus. Vnus eſt, quando ſubſtitutio [illegible] facta fuit [illegible] vt cum pater dixit; [illegible] *in furore decesserit ſubſtituo il-* [illegible] Et in hoc caſu dicunt, [illegible] ſubſtitutionem valere [illegible] Pupillarem intra tempus pupillaris ætatis, & poſt pubertatem valere iure Exemplaris. Sic Barth. *in d. l. Ex facto,* [illegible] & ibi Alex. Imol. Ripa, & alij [illegible] 64. *& tract. de* [illegible] *Exemplari, numer.* 5. Barth. de Hoſt. *tract. de Subſtit. cap.* 3. *num.* 5. Tr [illegible] *d. cap.* 4. *num.* 11. & [illegible] ac edit Ant. [illegible] *Variar.* [illegible] 6 *num.* 8. vbi [illegible] Alter caſus [illegible] tum [illegible] tione temporis, vt cum [illegible] *Si filius meus decesserit* [illegible] *ætatem pupillarem,* [illegible] & [illegible] idem Barth. *d. num.* 10. & cæt [illegible] citati, tenent valere vt Pupillarem tempore ætatis pupillaris, post [illegible] vero nullo modo valere, cum [illegible] trinx [illegible] tempus ante pubertatem [illegible]

Secundus [illegible] poſito affirmat, poſſe per patrem [illegible] exemplariter impuberi [illegible] in poteſtate. Hanc tenent Angel. *in d. l. Ex facto,* Salic. *in d. l. Humanitatis,* Alberic. [illegible] *de Subſtit.* [illegible] *Exemplari,* [illegible] 12. Leon. *de* [illegible] *Exempla-* *ris, num.* [illegible] *Inſtit. de Pupill.* [illegible] *numer.* 68 [illegible]

A [illegible]

Exemplarem [illegible] tam im-puberibus [illegible] pro regula habeatis, [illegible] impuberem [illegible] debemus abſque cogni-ti ratione ipſ[illegible] cogi [illegible] per [illegible] ſte. Nam [illegible], qui A[illegible] dicendo [illegible] uiſum tali impuberi, p[illegible] eſt [illegible] tui pupillariter [illegible] eſſe locum Exemplari, q[illegible] fuit permiſſi intuitu humanitatis, vt mente capti poſſent [illegible]. Hæc inquam, ratio facil[illegible] reſ[illegible]ur, & excluditur, quia P[illegible] ſubſtitutio finitur pubertate, [illegible] autem mentecaptus laborat de-[illegible] ſuapte natura perpetuo, qui non [illegible]tur pubertate, & ſic non pro[illegible]tur ei ſufficienter per Pupillarem [illegible] ſolùm per Exemplarem, quæ [illegible] poſt pubertatem locum [illegible]. Ergo ipſa ratio humanitatis, qua Imperator motus eſt ad Exemplarem permittendam, etiam ad impuberem, cui pupillariter ſubſtitui poteſt, extenditur; & conſequ[illegible] in illo etiam habet locum Exemplaris intuitu ipſius humanitatis conceſſa.

789 Dices, in contraria ſententia non negari, quod pater habens filium impuberem furioſum poteſt illi ſubſtituere exemplariter in tempus poſt pubertatem, & ſic quamuis tali ſubſtitutio locum non habeat ante pubertatem, ſat ipſi furioſo prouiſum eſſe, cum pro tempore ante pubertatem poſsit pater ei ſubſtituere pupillariter, & in tempus poſt pubertatem exemplariter. Sed [illegible], furioſo, vt [illegible] non ſub[illegible], niſi [illegible] q[illegible] foro[illegible] vt [illegible] *Humanitatis Cod de Impuber [illegible]* [illegible] S[illegible] pater [illegible] pupill[illegible] [illegible] [illegible], q[illegible] [illegible] *meu* [illegible] *fur* [illegible], &c [illegible] dicit [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible] *l.* [illegible] *ari* [illegible] onem [illegible]ris, [illegible] his, [illegible] con[illegible] ſub conditione *Si inſtituer* [illegible] *an quam* [illegible] non eſt Pupillaris, ſed Exemplaris, vt ex eius definitione conſtat. Quod ſi contendas, hanc ipſam ſubſtitutionem pro tempore ante pubertatem eſſe Pupillarem, erit procul dubio con[illegible] nomine & con[illegible]entius [illegible], eſſe Exemplarem, cum ſit facta per propria & ſpecifica verba Exemplaris ſubſtitutionis, & vt [illegible] poſſit, plena [illegible] tuta ſit ex his, quæ per Exemplarem ſubſtitui permittuntur in *d. l.* [illegible]

Iam vero ſi pater, qui [illegible] furioſum in poteſtate habet, nolit ei ſubſtituere, nulla ratione negari poteſt, quod tunc eius mater illi poſsit ſubſtituere exemplariter, vt optime aduertit Polit *d. num.* 12. ſiquidem matri ſimpliciter conceſſum eſt, vt filio mentecapto poſsit hanc ſubſtitutionem facere, nec ratio humanitatis, cuius [illegible] ea conceſsio facta eſt, minus [illegible] exigit, quod mater impuberi ſubſtituat, quàm ſi jam eſſet m[illegible] tis ex ipſis terminis [illegible] hac de re vide infra § 4 [illegible].

Quod etiam [illegible] impuberi 790 furioſo [illegible] ſub poteſtate patris exiſtenti, [illegible] eſſe fieri ſubſtitutionem Pupillarem, [illegible] ſolùm Exemplarem. Quia [illegible] teſtantur Barth. *in l. 2 ff de l[illegible] ari, num* 12 & Bald. *tract. de Subſtitut.* [illegible] *Pupillari, num.* 10. [illegible] non ſemel [illegible] ſuperius tradidimus, præſertim *ſect. præced. § 5. num.* 532. *& §* 20. *num.* [illegible] Pupillaris ſubſtitutio non poteſt fieri [illegible] pillo [illegible] alia ratione [illegible] [illegible] ætatis; cùm [illegible] co tantum fine, & [illegible] ducta, vt ætatis defectus [illegible] er[illegible] poſſet [illegible] tis, [illegible] eadem *ſect. præced.* § [illegible] 452 declaratum [illegible] rioſo non [illegible] am, & [illegible]

[illegible] ... Quæ [illegible] ...

[illegible] ... Ad [illegible] ... *de Tut.* ...

[illegible]

[illegible] ... & ſic vt Pupillare. Quod [illegible] ... Exemplaris [illegible] ... *de Exemplari* ... [illegible] ... *præcedenti*, ...

[illegible] ... *Exemplari* ... [illegible]

§ 3. [illegible]

SUMMARIUM.

F[illegible] [illegible] tem [illegible] num. 795.

[illegible] Prima ſententia [illegible] num. 796. Secunda verius [illegible] num. 797.

[illegible] facta furioſo in[illegible] dato conſeruatur per Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter. num. 798.

An etiam ſuppoſita ſententia communi, quod Exemplaris non poteſt fieri ex[illegible]redato, valeat nihilominus talis ſubſtitutio, ſi furioſo non relinquatur tota legitima ei debita, ſed aliquid minus? Negant aliqui; num. 799. Alij tamen communiter, & verius affirmant; numer. 800.

Vtrum relaſuro in alterius poteſtate poſſit fieri Exemplaris ſubſtitutio? Reſpondetur [illegible] num. 801. Quomodo [illegible] ſententia intelligenda ſit; num. 802.

Vtrum ad Exemplarem ſubſtitutionem requiratur, vt [illegible] curſit, [illegible] q[illegible] ſit [illegible] num. 803. & ſeq.

A[illegible]

[illegible]

Hæc ſuppoſito, [illegible] 796
queſtione eſt ſententia. Prima [illegible] non poſſe Exemplarem [illegible] [illegible] 18 [illegible] 3 [illegible] num. 2[illegible] I. Imola, & [illegible] Bald. in [illegible] l. Humanitatis [illegible] Alex. Salicet. [illegible] & alij [illegible] Exemplaris, [illegible] T[illegible] Fontacinq. de [illegible] § 3. cap. [illegible] num. 2 [illegible] vbi dicit [illegible] & [illegible] Fu[illegible] c. 18. num. 1. Fundamentum [illegible] e. d. [illegible] quod [illegible] capitis, [illegible] ta, [illegible]

[illegible]

797 Secunda ſententia, quam veriorem cenſeo, tenet etiam exhæredato poſſe exemplariter ſubſtitui. Pro hac ſtant Angel. Aret. *in d. §. Qua ratione, Inſt. de Pupil.* Corn. *in d. l Humanitatis, num.* 8. & ibi Coraſ. *num.* 9. *&* 13. Curt. jun. *num.* 12. Lancellotus, Decius, & Philip. Dec. *num.*7. Hieron. Verius *in d. l. Ex facto,* Polit. *de Subſtit. rubr. de Exemplari, num.* 17. *verſic. Sed hoc verum,* Leon. *de Subſtit. in materia Exemplaris, num.* 89. *&* 108. *cum ſeqq.* Couar *in cap. Raynutius,* §. 6. *num.* 2. *de Teſtam.* & Menchae. *tract. Controuerſiar. illuſtr. cap.* 106. *per totum.* Probatur efficaci argumento; quia Pupillaris ſubſtitutio, ad cujus imitationem introducta eſt Exemplaris, poteſt fieri exhæredato, vt tenet communis ſententia, & patet per text. *in l.* 2. *in princip. verſ. Sed ſi eos, ff. de Vulgari,* ergo etiam Exemplaris exhæredato filio poteſt fieri: nulla enim commoda ratio differentiæ aſsignari poteſt; adeo vt ipſe Barth. contrariæ ſententiæ adhærens cõpulſus fuerit confugere ad illud, quòd nõ omnium, quæ à maioribus noſtris tradita ſunt, ratio reddi poteſt, *l. Non omnium, ff. de Leg.* Quod effugium eſſet optimum, quando clarè per aliquam legem conſtitutum eſſet, quòd exhæredato non poſſet fieri Exemplaris: at hoc nulla lege cauetur: nam quæ ab ipſo Barth. & cæteris Aduerſarijs affertur, nempe *d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs,* id reuerà non continet, neque probat, ſi rectè inſpiciatur. Quia licèt per ablatiuum abſolutum exigat, quòd relinquatur legitima illis filijs, ſtatim in verbis ſequentibus declarat, id exigi, ne teſtamentum per querelam inofficioſi expugnetur, vt optimè ponderat Leon. *ſupra,* & nos etiam ſatis declarauimus *§. præced. num.* 774. Vnde cùm ea querela ceſſet quando filius ex juſta cauſa exhæredatur, rectè concluditur, non requiri ad Exemplarem, quòd filius inſtituatur in legitima, niſi quando non poteſt juſtè exhęredari.

798 Imò addit optimè Polit. *in d. rubr. de Exemplari, num.* 18. Exemplarem factam filio injuſtè exhęredato, vel præterito, conſeruari hodie per *Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter.* Pro qua ſententia plures refert Odd. *in Prælua. Compend. p.* 4. *q.* 10. eſſeque communem dicit Jul. Clar. teſte Fuſar. *de Subſtit. q* 204. Nam cùm Pupillaris ita facta per hanc Auth. conſeruetur, juxta communem ſententiam de qua *ſect. præced. §.* 7. *num.* 588. *& ſeqq.* idem in Exemplari tenendum eſt; cùm ad exemplum Pupillaris introducta ſit: ac præterea, quia cùm Exemplaris intuitu humanitatis, atque adeo in bonum furioſorum indulta fuerit, *d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* non debet intelligi denegata eſſe exhæredatis, vel præteritis; ne afflictis afflictio addatur contra mentem ipſius legis. Atque ex his manet ſolutum fundamentum primæ ſententiæ.

Secunda quæſtio eſt, an retentâ prædicta prima ſententia communi, valeat 799 Exemplaris, etiamſi teſtator non relinquat filio integram legitimam, ſed aliquid minus? Negant aliqui adhærendo verbis *d. l. Humanitatis,* ibi: *Legitima portione ei, vel eis relicta,* quibus verbis intelligunt requiri pro forma Exemplaris, quod integra legitima filio relinquatur. Ita ſentiunt Gloſ. *in d. l. Humanitatis,* & ibi Alex. *num.* 3. & Corn. *num.* 8. Joan. Fab. *in d. §. Qua ratione, Inſt. de Pupil.* Angel. *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari,* & ibi: Imola, & Cuman. & Conſtan. Rog. *de Exemplari ſubſtit. q.* 5. *num.* 53. *& ſeq.*

Nihilominus contraria ſententia eſt 800 communis, quam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 20. & ibi Alex. *num.* 37. Jaſ. *num.* 32. *& ſeq.* Aretin. & Ripa *num.* 37. vbi teſtatur de communi, Salic. *in d. l. Humanitatis,* & ibi Aretin. Caſtr. Iaſ. Curt. jun. Coraſ & Dec. Polit. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num.* 18. Trentacinq *de Subſtitut. p.* 3. *cap.* 5. *num.* 3. Peregrin. *conſil.* 51. *numer.* 13. *lib.* 4. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 188. *numer.* 3. Fundamentum eſt, quia *in d. l. Humanitatis,* ſolùm poſtulatur vt filio relinquatur legitima, quantum ſatis eſt vt querela inofficioſi excludatur: talis autem

tem querela ſufficienter excluditur, ſi filius ſit inſtitutus in aliqua parte bonorum minore, quàm legitima ei debita: tunc enim loco querelæ competit actio ad ſupplementum legitimæ, & non euertitur teſtamentum, *l. Omnimodò, & l. Scimus, Cod. de Inofficioſo teſtam.* & ita ſatisfit intentioni dictæ *l. Humanitatis*, ad hoc vt Exemplaris ſit valida. Confirmatur bono argumento, quod Polit. *citat.* valde commendat; quia quòd peccanti non nocet, minùs debet nocere alij: ſed teſtari quantum ad valorem teſtamenti non nocet quòd peccauerit, relinquendo minus legitimâ filio, *d. l. Omnimodò:* ergo minùs debet tale peccatum nocere filio, ne valeat Exemplaris, quæ teſtamentum ipſius filij cenſetur, & ad fauorem illius ſpectat.

801 Tertia quæſtio eſt, vtrùm recaſuro in alterius poteſtatem poſsit fieri Exemplaris ſubſtitutio? Reſpondent negatiuè Barthol. *in d. l. Ex facto, num. 14. ff. de Vulgari*, & ibi DD. communiter, Bald. *tract. de Subſtitut. rubr. de Exemplaris, num.* 8. Barth. de Hucio *de Subſtit. cap. 3. num.* 8. Craſſus *in §. Subſtitutio, q* 43. vbi dicit eſſe communem Odd. *in Prælud. de Compend. p. 4. q. 3. num. 6.* qui etiam teſtatur de communi, Trentacinq. *d. p. 3. cap. 3. num. 8. verſ. Secundo*, & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 187. eſtque receptiſsima ſententia contra quam ſolùm lego ſtare Ripam *in d. l. Ex facto, num.* 69. Fundamentum Bartholi Baldi, & cæterorum communiter eſt, quia quòd quis poſsit facere teſtamentum alteri per ſubſtitutionem Exemplarem, ſolùm fuit introductum pro caſu, quo alter impediretur teſtari propter dementiam, vel ſimilem defectum naturalem: vnde quando alter etiam ob alium defectum teſtari nô poſſet, tunc non poſſet ei ſubſtitui exemplariter; quia ſicut ceſſante impedimento naturali, non poſſet ſibi facere teſtamentum, ita nec per alium ipſi fieri poteſt, *l. Neque per ſe, Cod. de Hæred. inſtit.* recaſurus autem in alterius poteſtatem, incidit in nouum impedimentum, propter quod etiam ceſſante amentia, teſtari nô poſſet: cùm ad teſtandû requiratur, quòd teſtator non ſit ſub poteſtate alterius, *l. Qui in poteſtate, ff. de Teſtam. Inſt. Quibus non eſt permiſſum fac. teſtam. in princip. cum ſimilib.* Propter quam rationem addunt Barthol. Bald. Barthol. de Hucio *loc. citat.* & alij ex Guilliel. de Cun. quem referunt, quòd ſi furioſus ante furorem eſſet condemnatus de crimine, ex quo efficeretur inteſtabilis, non poſſet tunc ei ſubſtitui exemplariter, vt ſi fuiſſet hæreticus, *l. Manichæos, Cod. de Hæret.* vel deportatus, *l. Siquis filio exhæredato, §. Irritum, ff. de Injuſto rupto teſtament.* Quod etiam bene tradit Trentacinq. *de Subſtitut. p. 3. cap. 3. num. 8. verſ. Circa primum, fine.*

Debet autem hæc ſententia intelligi in 802
eum ſenſum, vt Exemplaris ſubſtitutio non valeat, ſi furioſus, cui facta eſt, recidat in poteſtatem alterius, vt ſi facta eſt per auum nepoti furioſo, qui mortuo auo recidit in poteſtatem patris: non autem ſi ſolùm ſit in potentia recidendi, reipſa autem non reincidat, vt quando auus ſubſtituit nepoti, qui poteſt reincidere in poteſtatem patris, in eam tamen non reincidit, quòd pater poſt factam ſubſtitutionem, viuente adhuc ipſo auo, deceſſerit: tunc enim valet, & eſt vtilis ſubſtitutio, vt in ſimili de Pupillari tradidimus, & latè probauimus *ſect. præced. §. 5. num.* 535. eſtque de mente DD. vt ibidem declarauimus. Quinetiam videtur præfata ſententia intelligenda de recaſuro, qui moriatur viuente illo, in cujus poteſtatem reincidit. Nam mater poteſt ſubſtituere exemplariter filio furioſo exiſtenti in poteſtate patris, juxta communem ſententiam *§. ſeq.* tradendam: in qua manifeſtum eſt Exemplarem ſubſtitutionem habere locum in eo, qui non ſolùm ob dementiam, ſed etiam ob exiſtentiam ſub poteſtate patria teſtari non poteſt, ſi modo quâdo moritur jam ſui juris exiſtat, vt *d. §. ſeq. num.* 821. magis explicabitur: & ibi quod nobis circa hoc magis probetur, exponemus.

Quarta, & vltima quæſtio eſt, vtrùm 803
ad Exemplarem ſubſtitutionem requira-

tur,

tur, vt is, cui fit, patiatur dementiam, aut ſimilem morbum, tempore quo fit teſtamentum, an ſufficiat quòd id patiatur tempore quo teſtator moritur? Reſpondetur ſufficere tempore mortis, ſicut in Pupillari communiter reſoluitur, non requiri ad illam quòd pupillus ſit in poteſtate teſtatoris tempore teſtamenti, ſed ſufficere quòd in ea reperiatur tempore, quo teſtator decedit, vt vidimus *ſect. præced. §. 5. num.* 523. *& ſeqq.* juxta text. *in l. 2. in princip. verſ. Sed etſi extraneum, ff. de Vulgari, & in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. eod.* Atque ita docent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 16. & Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 16. *num.* 10. licèt contrarium teneant Polit. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num.* 14. & Leon. *de Subſtit. in materia Exemplaris num.* 35. quibus videntur accedere Bald. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num.* 9. & Barth. de Hucio *de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 8.

804 Quidquid tamen prædicti DD. ſenſerint, credo facilè defendi poſſe, Exemplarem valere, & conſeruari debere, etiamſi is, cui facta eſt, non fuerit furioſus in vita teſtatoris, ſed ſolùm poſt ejus mortem in furorem incidit, & in eo deceſſit; quia nullum jus cogit aſſerere, oportere eum eſſe furioſum ante teſtatoris obitum. Neque argumentum de patria poteſtate ad Pupillarem requiſita, ſaltem quando teſtator moritur, aliquid facit in præſenti; quia poteſtas patria requiritur ex parte ſubſtituentis. & ideo oportet vt ſaltem tempore mortis habeat pupillum in poteſtate: at verò furor, vel ſimilis morbus requiritur ad Exemplarem ex parte ejus, cui ſubſtituitur; atque hujus ſubſtitutionis caſus eſt, quòd ille cum tali morbo moriatur: ad cujus veritatẽ nõ requiritur, quòd morbus inceperit viuente teſtatore, vt patet. Cõfirmatur, quia Exemplaris introducta eſt intuitu humanitatis, *l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* humanitas autem non minùs poſtulat, vt per hanc ſubſtitutionem ſuccurratur furioſo, qui viuente teſtatore cæpit furere, quàm ei, qui poſt mortem teſtatoris: neque teſtator cenſeri debet imprudens, ſi filio quem neſcit, an ſit, vel futurus ſit furioſus, ſubſtituerit omnibus modis, ideſt Vulgariter, Pupillariter, Exemplariter, Fideicommiſſariè: cùm cautela non noceat; ac præſertim quando jam aliquis alius ejus filius in amentiam incidiſſet, vel etiam quando ſubſtituerit poſthumo, aut infanti, de cujus futuro judicio non eſt certus. Verùm de hoc alij cogitent; neque ego hunc dicendi modum auſim ad praxim deducere, dum alios patronos non habuerit.

§. 4. *A quonam Exemplaris ſubſtitutio fieri poſſit?*

SVMMARIVM.

Exemplaris ſubſtitutio fieri poteſt à parentibus vtriuſque ſexus, & ab alijs aſcendentibus, liberis ſuis, num. 805. *Vtrum id procedat licèt tales parentes ſint perſonæ turpes? num.* 806. *& ſeq.*

Vtrum parentes ſecundò nubentes poſſint exemplariter ſubſtituere filijs primi matrimonij? De patre non dubitatur, quòd poſſit; num 808. *De matre id abſolutè negant multi; num.* 809. *Alij verò diſtinguunt, admittendo valere ſubſtitutionem factam ab illa matre, ſi ſubſtituat piè, & honeſtè: ſecùs verò, ſi animo deprauato, ita vt diſpliceret filio, ſi ſui compos eſſet; num.* 810. *Alij tamen abſolutè affirmant, & hæc poſtrema opinio præfertur; numer.* 811. *& ſeq.*

Retenta opinione quòd mater tranſiens ad ſecundas nuptias, non poteſt ſubſtituere exemplariter, vtrum per eum tranſitum irritetur ſubſtitutio antea per ipſam matrem facta? Affirmant aliqui, num 813. *Quæ ſententia ab aliquibus limitatur, niſi ſubſtitutio eſſet facta piè, & humanè; num.* 812. *Alij verò ſimpliciter negant; num.* 815. *Hæc vltima*

Digitized by Google

tima ſententia præfertur, præterquam in caſu, quo ſubſtitutio eſſet facta quãdo mater jam cogitabat de ſecundis nuptijs; num. 816. & ſeq.

Vtrum mater poſsit exemplariter ſubſtituere filio exiſtenti in poteſtate patris? Prima ſententia negat; num. 818. Secunda verior, & communis affirmat; num. 819.

Quomodo intelligendum ſit, quòd Exemplaris ſubſtitutio non poteſt fieri filio, qui alia ratione, quàm ob amentiam, vel ſimilem defectum teſtari non poteſt? num. 820.

Ad Exemplarem, & Pupillarem ſubſtitutionem requiritur, vt ille, cui facta ſit, ſit ſui juris (ſeu extra alterius poteſtatem) tempore mortis; ibid. & numer. ſeq.

Exemplaris ſubſtitutio non infirmatur per hoc quòd furioſus per mortem ſubſtituentis recidat in alterius poteſtatem, dummodo ſit extra illam, quando è vita deceſſerit; num 821.

Si tam pater, quàm mater filio furioſo exemplariter ſubſtituant, an vtraque ſubſtitutio ſtare debeat, & quomodo? Referuntur variæ ſententiæ; num. 822. & ſeq. Verior & communis eſt vtramque ſubſtitutionem ſimul ſtare poſſe; num. 823.

Subſtitutus exemplariter à patre præfertur ſubſtituto à matre in bonis prouentis filio ab ipſo patre, & per viam paternam: ſubſtitutus verò à matre præfertur in bonis prouentis à matre, & per viam maternam. In bonis aliunde filio acquiſitis, probabile eſt præferri debere ſubſtitutum paternum; probabilius tamen, vtrumque debere æqualiter ſuccedere; num. 825.

Si auus, & mater exemplariter ſubſtituant, an. & qua ratione vtraque ſubſtitutio ſtare debeat? num. 826.

Vtrùm filij poſsint ſubſtituere parentibus mentecaptis? num. 727. & ſeq.

Si extraneus ſubſtituat exemplariter mẽtecapto, talis ſubſtitutio ſuſtinebitur in vim fideicommiſsi; num. 829.

COmmunis & certa reſolutio eſt, 805
Exemplarem ſubſtitutionem fieri poſſe à parentibus vtriuſque ſexus liberis mentecaptis, vel ſimili morbo laborantibus: vt per *d. l. Humanitatis, C. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* ibi: *Parentibus indulgemus, vt ſi filium nepotem* &c. & ſic fieri poſſe tam à patre, quàm à matre, quàm etiam ab auis, cæteriſque aſcendentibus vtriuſque ſexus: qui omnes appellatione parentum veniunt juxta text. *in l. 4. §. Parentes, ff. de In jus voc. & in l. 1. §. Generaliter, ff. de Legat. præſt. & in l. Iuriſconſultus, § Parentes, ff. de Gradib. affin.*

Dubitabis tamen primò, vtrùm id pro- 806
cedat, licèt pater, vel mater ſit perſona turpis? Reſpondet negatiuè, loquendo nominatim de patre, Barth. *in d. l. Ex facto, num. 37. ff. de Vulgari, & in l. Cum oportet, §. Eo autem tempore, Cod. de Bonis quæ liber.* quòd de perſona turpi, & inhoneſta, quæ ſibi tam malè conſuluit, non præſumatur, quòd bene filio conſulet: ex quo fundamento idem Barth. & alij nonnulli ſimiliter exiſtimant, patrem turpem non poſſe ſubſtituere pupillariter, vt vidimus *ſect. præced. §. 9. numer.* 602. Nihilominus non obſtare patri, eſſe perſonam turpem, quominus poſſit exemplariter ſubſtituere, tenent communiter DD. Alex. *in d. l. Ex facto, numer.* 47. & ibi Angel. Imola, & Ripa *numer.* 94. Polit. *de Subſtitut ſub de Exemplari, ſub num.* 8. *verſic. Quintum dubium*; junctâ doctrinâ, quam tradit *in rubr. de Pupillari, num.* 46. Leon. *de Subſtit. in materia Exemplaris, num.* 46. junctâ ejus doctrinâ *in materia Pupillaris, num.* 190. Menchac. dicens eſſe communem ſententiam *tract. de Succeſſ. progreſ. lib. 2. §. 17. num.* 91. Trentacinq. *de Subſtitut. p. 3. cap. 3. ſub num. 6. verſ. Altera verò*, & alij. Quæ ſententia mihi etiam magis probatur ex fundamento, quo *ſect. præcedent. §. 9. numer.* 603 *& ſeq.* cum communi defendimus, etiam patrem perſonam turpem poſſe ſubſtituere pupillariter. Intelligitur verò hæc reſolutio niſi pa-

patri ſit interdicta bonorum adminiſtratio, vel alias tali vitio laboret, vt teſtari non poſsit: item niſi fuiſſet deportatus, licèt jam reſtitutus eſſet, vt per *l. fin. Cod. de Sent. paſsis* notat Trentacinq. *dict. numer. 6.* & diximus etiam in Pupillari *d. §.*
807 *9. num. 605. & ſeq.*

Circa matrem verò omnino tenendum videtur, quòd non poteſt ſubſtituere exemplariter, ſi ſit turpis, & impudica. Quia cùm mulier debilioris ſit judicij, & conſilij, ſi alioqui ſit etiam vitæ ſordidæ, & inhoneſtæ, abſurdum eſſet committi ei facultatem ad teſtandum pro filio cum manifeſta præſumptione quòd tali facultate abutetur. Quare ſic intrepidè reſoluunt Polit. *dict. rubr. de Exemplari, numer. 8. verſ. Quintum*, Zaſ. *de Subſtut. cap. 3. numer. 2.* Leon. *in dict. materia Exemplaris, numer. 46.* Menchac. *dict. §. 17. numer. 105.* Trentacinq. *dict.*
808 *cap. 3. numer. 7.* & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q. 180. num. 3.*

Dubitabis ſecundò, vtrùm patentes ſecundò nubentes poſsint ſubſtituere exemplariter filijs primi matrimonij? Hæc quæſtio præcipuè excitatur propter matrem, nam de patre ſententia affirmatiua communiter ſupponitur, tanquam certa, eamque in ſpecie tradunt Alex. *in d. l. Ex facto, numer. 32.* & ibi Angel. *numer. 4.* Hieron. Verius *numer. 231.* Aretin. *numer. 13.* & alij, Trentacinq. *de Subſtitut. p. 3. cap. 3. numer. 5.* cum Baldo, & Salic. *in dict. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Sanch. *lib. 7. de Matrimon. diſp. 88. numer. 26.* & alij, quos refert. Probatur facilè, quia pater ob tranſitum ad ſecundas nuptias non priuatur adminiſtratione bonorum filij *l. fin. Cod. de Bon. quæ liber. & l. Generaliter, Cod. de Secund. nupt.* ergo etiam non debet intelligi priuatus poteſtate prouidendi filio per Exemplarem, in qua minus certè eſt periculum, quàm in adminiſtratione bonorum: neque vlla
809 eſt lex, quæ talem priuationem inducat.

De matre verò non leuis eſt controuerſia: in qua partem negantem tuentur abſolutè Barthol. *in d. l. Ex facto, num. 12.* & ibi Alex. licèt aliquantulùm dubius, *numer. 32.* Angel. *numer. 4. verſ. Quarto*, Aretin. *numer. 13. fine, & numer. 14.* & Jaſ. *numer. 5.* Aretin. *in d. l. Humanitatis, numer. 5.* Garro *in rubr. Cod di Secund. nupt. in noua edit. numer. 46. pæna 22.* Ioann. Lup. *rubr. de Donat. inter vir. & vxor. §. 67. numer. 14. verſ. Ex iſtis*, Ferrara *in ſua Practica, tit. de Forma libelli, quo agitur ex ſubſtitutione, in Gloſ. verb. Exemplariæ, col. 3.* Polit. *tract. de Subſtit. rubr. de Exemplari, numer. 8.* Bald. *de Subſtitut. vbi de Exemplari, numer. 7.* Barthol. de Hucio *de Subſtitut. cap. 3. numer. 7.* Zaſius *de Subſtitut. cap. 3. numer. 2.* Leon. *de Subſtitut. in materia Exemplaris, numer. 47.* Odd. *in Prælud. de Compend. q. 6.* Mattien. *lib. 5. recopil. tit. 1. l. 3. Gloſ. 2. numer. 37.* & Spino *in Speculo teſtament. Gloſ. 22. principali numer. 7. & 8.* quæ ſententia eſt communis, vt teſtatur Trentacinq. *dict. cap. 3. numer. 3. verſ. Cumque ſuperior*, Hieron. Verius *in dict. l. Ex facto, numer. 240.* dicens non eſſe ab illa recedendum in conſulendo, & judicando. Probatur primò, quia intuitu humanitatis conceſſum eſt, vt parentes poſsint ſubſtituere exemplariter, *dict. l. Humanitatis*; hæc autem ratio ceſſat in matre tranſeunte ad ſecundas nuptias; quæ reſpectu filiorum inhumana, & quaſi nouerca reputatur, *l. Lex quæ tutores, Cod. de Adminiſt. tutorum.* Secundò, quia talis mater priuatur tutelâ filiorum: *Auth. Sacramentum, juncta Auth. Matri, Cod. Quando mulier tut. offic. fungi pot.* Ergo etiam cenſeri debet priuata facultate teſtandi pro filio, quia non minùs ſuſpecta eſt ad vnum, quàm ad aliud. Nec obſtabit, ſi dixeris, hanc facultatem eſſe conceſſam fauore filiorum, ne ſine teſtamento decedant: nam etiam tutela fauore filiorum introducta eſt, & tamen talis mater illâ priuatur.

Alij DD. vtuntur diſtinctione, dicunt- 810
que ſi mater ſecundò nubens ſubſtituat piè & honeſtè, inſtituendo ſuccedentem filio ab inteſtato, aut alium,

quem veroſimiliter filius inſtitueret, ſi ſanæ mentis eſſet, validam eſſe ſubſtitutionem: ſecus autem ſi deprauato animo taliter nomine filij teſtaretur, vt diſplicceret filio, ſi ſui compos eſſet: velut ſi ejus vitricum ſubſtitueret, ſic Angel. de Aretin. *Inſt. de Pupillari*, §. *Qua ratione*, *num*. 8. Angel. de Gambellion. *tract. de Teſtament. Gloſ*. 81. *numer*. 8. Rolandin. *tract. de Teſtament. rubr*. 25. *de Exemplari ſubſtitut. numer*. 10. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, ver. Si abſque liberis*, 2. *in materia Exemplaris, numer*. 16. Boer. *deciſ*. 188. *numer*. 3. Gregor. Lop. *l*. 11. *tit*. 5. *part*. 6. *verb. Las madres*, Molin. *de Iuſt. diſput*. 185. *verſ. Vtrum mater*.

811 Nihilominus tamen partem abſolutè affirmantem, poſſe dictam matrem exemplariter ſubſtituere tenent Bald. *in dict. l. Humanitatis*, *num*. 32. & ibi Salic. *numer*. 15. & Corn. *numer*. 7. Imola *in dict. cap. Raynutius*, *num*. 137. *de Teſtament. & in dict. l. Ex facto, in princip. numer*. 19. & ibi Jaſ. *numer*. 25. Ripa *numer*. 67. & Hieron. Verius *num*. 230. dicens hanc eſſe de jure veriorem. Anton Gom. *tom*. 1. *Variar. cap*. 6. *numer*. 9. Menchac. *de Succeſſ. progreſ. lib*. 2. §. 17. *numer*. 24. *& ſeq*. vbi teſtatur de communi, Trentacinq. *de Subſtitution. p*. 3. *cap*. 3. *ſub numer*. 3. *verſ. Ex prædictis igitur*, Gallus *de Succeſſ. except. tit*. 2. *except*. 20. *numer*. 140. *& ſeq*. Sanch. *lib*. 7. *de Matrim. diſp*. 88. *numer*. 24. Intrigl. *de Subſtitut. cent*. 2. *q*. 11. & Fuſar. *de Subſtit. q*. 179. *numer*. 8. Præcipuum fundamentum, omiſſis alijs, eſt; quia nullibi in jure reperitur ſtatuta pæna in matrem ſecundò nubentem, quòd non poſſit ſubſtituere exemplariter; & cùm talis ſubſtitutio ſit maximus fauor filij mentecapti, non debet talis mater cenſeri priuata ea facultate in filiorum detrimentum; eſto per tranſitum ad ſecundas nuptias eis reddatur ſuſpecta. Quod inde fit planum: nam licèt per exhæredationem fiat injuria filio, *l. Cum quidam, Cod. de Legat*. non propterea tamen pater exhæredans priuatur facultate ſubſtituendi pupillariter illi filio, §. *Non ſolum*, *Inſtit. de Pupil. l*. 1. §. *fin. ff. de Vulgari*. Item licèt tutor non faciens inuentarium, vel non ſatiſdans, reddatur ſuſpectus, & non poſſit adminiſtrare, attamen poteſt facere quæ pupillo ſunt vtilia, *l*. 1. *& 2. Cod. de Tutor. & curat*.

Neque obſtat, quod etiam tutela eſt 812
fauorabilis filio, & tamen mater ea priuatur ob illum tranſitum. Eſt enim diuerſa ratio in hoc; nam quanuis tutela abſolutè ſit fauor filiorum, tamen matrem ſecundò nuptam eſſe tutricem filiorum prioris matrimonij non eſt eorum fauor, ſed damnum: neque quòd talis mater à tutela remoueatur in eorum præjudicium cedit, cùm judex alium tutorem eis aſsignare poſſit, & debeat. At verò matre non ſubſtituente exemplariter, non poteſt judex ſubſtituentem aſsignare, & ſic decedet filius abſque teſtamento. Præterea, quòd non valeat argumentum à tutela, manifeſtum eſt in eo ipſo patre; quia ei etiam, ſi eſt ſuſpectus, denegatur tutela, & cura, filio ſuperſtite; *l. Si cum dotem*, §. *Eo autem tempore*, *ff. Soluto matrimon*. & tamen non priuatur poteſtate ſubſtituendi pupillariter. Et ex his patet reſponſio ad fundamenta primę ſententiæ. Quare hæc poſtrema opinio nobis videtur probabilior, & tenenda.

Retentâ verò priori ſententiâ, ſu- 813
pereſt difficultas, vtrùm matre ad ſecundas nuptias tranſeunte irritetur Exemplaris ſubſtitutio antea per ipſam matrem facta? Reſpondent affirmatiuè Barthol. *in dict. l. Ex facto*, *numer*. 13. & ibi Alex. *numer*. 32. *verſ. Vel potes reſpondere*, & Jaſ. *numer*. 26. Imola *in dict. cap. Raynutius*, *numer*. 137. *de Teſtament*. Bald. Barthol. de Hucio, & Spino *locis citatis numer*. 809. Mouentur primò, quia requiſita ad exemplariter ſubſtituendum debent adeſſe tempore, quo ſubſtituens moritur, argum. text. *in l. Cohæredi*, §. *Cum filiæ*, *ff. de Vulgari*, vbi ad Pupillarē requiritur, quod filius ſit in

in poteſtate, quando pater ſubſtituens moritur. Ergo ſi ad Exemplarem per matrem faciendam requiritur, quòd mater non tranſierit ad ſecundas nuptias, irrita euadet hujuſmodi ſubſtitutio ſi hoc requiſitum non ſubſiſtit, quando mater moritur. Secundò, quia actus nondum perfectus, & conſummatus vitiatur, ſi deueniat ad caſum, à quo incipere non poteſt, *l. Si ſub una, §. Si quis viam, ff. de Verbor. obligat.* Hęc autem ſubſtitutio non eſt perfecta & conſummata, quandiu mater & filius viuunt: ergo tranſeunte matre ad ſecundas nuptias, vitiatur, cùm ille tranſitus ſit caſus, poſt quem incipere non potuit.

814 Hanc eandem opinionem amplectuntur aliqui cum ea moderatione, niſi ſubſtitutio eſſet facta piè & humanè, qualiter fieret ab ipſo filio, ſi ſui compos eſſet. Sic Angel. de Aretio, Angel. de Gambellionibus, Guilhel. Bened. & Boer. *allegati, num.* 810.

815 Alij tamen ſimpliciter negant, irritari dictam ſubſtitutionem, matre ad ſecundas nuptias tranſeunte. Sic Bald. *in d. l. Humanitatis, num.* 35. *Cod. de Impuber. & al ſubſtitut.* & ibi Salic. *quæſt.* 3. *numer.* 16. Cuman. *in d. l. Ex facto, in princip. numer.* 18. & ibi Hieron Verius *numer.* 23. Poiit. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, numer.* 8. *verſ. Quartum eſt dubium* Menchaca *de Succeſſ. progreſ. lib.* 2. *§.* 17. *numer.* 31. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 3. *cap.* 3. *numer.* 4. *fine*, & Sanch. *lib.* 7. *de Matrimon. diſput.* 88. *numer.* 25. *verſ. Sed verius.* Fundamentum hujus ſententiæ eſt, primò, quia tali matri non denegatur facultas ſubſtituendi exemplariter, niſi ob ſuſpicionem praui animi, in quam incidit tranſeundo ad ſecundas nuptias: hæc autem ſuſpicio ceſſat in ſubſtitutione ante eum tranſitum factâ: ergo non debet illi nocere; pręſertim cùm talis ſubſtitutio ſit fauor ipſius filij. Secundò, quia teſtamentum ſemel ritè factum non irritatur, licèt teſtator deueniat ad caſum, poſt quem teſtari non poteſt, ſi id non eueniat ratione alicujus delicti, vel capitis diminutionis: ſic enim licèt furioſus teſtari non poſſit, tamen ſi ante furorem teſtamentum fecit, tale teſtamentum non infirmatur, §. *Item furioſi, Inſt. Quibus non eſt permiſſ. fac. teſtament.* Item licèt Religioſus teſtari nequeat, non propterea tamen irritatur teſtamentum ab eo factum antea, vt eſt receptiſsima ſententia. Ergo ſimiliter, licèt mater poſt tranſitum ad ſecundas nuptias teſtari pro filio non poſſit, cùm talis tranſitus non ſit delictum, neque capitis diminutionem inducat, teſtamento, ſeu ſubſtitutioni antea factæ non officiet.

Hæc vltima ſententia mihi maximè placet dummodo intelligatur cum limitatione, cum qua illam amplectuntur Aretin. *in dict. l. Ex facto, in princip. numer.* 14. Ripa *ibid. numer.* 68. & Leon. *de Subſtitution. in materia Exemplaris, numer.* 50. ideſt, niſi ſubſtitutio eſſet facta, quando illa mater jam cogitabat de ſecundis nuptijs contrahendis, vt cùm illas paulo poſt contraxit: quòd tunc ſuſpicio ſit ſubſtitutionis dolo, ſeu in fraudem factæ, argum. eorum, quæ notantur *in l. Poſt contractum, ff. de Donat.* & alibi paſsim per DD. 816

Atque prædictæ ſententiæ ſic intellectæ, minimè obſtant fundamenta, quæ pro contraria adducta ſunt. Ad primum namque reſpondetur, negando abſolutè, debere omnia requiſita ad Exemplarem ſubſtitutionem adeſſe tempore mortis teſtatoris: id enim neceſſarium non eſſe vniuerſim loquendo, ſatis conſtat ex fundamento noſtræ ſententiæ. Neque obſtat text. *in dict. §. Cum filiæ*, vbi ad Pupillarem requiritur, quod pupillus ſit in poteſtate, quando teſtator moritur; nam hoc ideo eſt, quia patria poteſtas eſt valde ſubſtantiale requiſitum ad Pupillarem, quòd tam ex parte ſubſtituentis, quàm ex parte pupilli per ſe requiritur, tanquam vinculum, quo ſublato, manent inter ſe diuiſi, & tanquam extranei: & propterea opor- 817

ter, vt ante mortem non ſoluatur: at vero quòd mater non tranſeat ad ſecundas nuptias ſolùm per accidens requiritur ad Exemplarem, nempe ob prauam ſuſpicionem, quæ ex illo tranſitu contrahitur: & ideo cum hæc ſuſpicio ceſſet reſpectu ſubſtitutionis antea factæ, non eſt cur talis ſubſtitutio perire debeat ratione ſequentium nuptiarum. Ad ſecundum reſpondetur negando minorem: nam illa ſubſtitutio, vbi ſemel legitimè facta eſt, ſtatim manet perfecta, & conſummata, licèt ejus executio & vis pendeat à morte matris: & ideo non debet extingui ob ſequentem caſum, poſt quem non potuit incipere: nam factum legitimè retractari non debet, licèt poſtea caſus eueniat, à quo non poterat inchoari, *cap. Factum legitime, de Regul. jur. in* 6. & multa facta tenent, quę à principio fieri prohibentur, *l. Patre furioſo, ff. de His, qui ſunt ſui, vel al. jur.*

818 Dubitabis tertiò, vtrùm mater poſſit Exemplarem ſubſtitutionem facere filio exiſtenti in poteſtate patris? Negant Imola, & Alex. *in d. l. Ex facto*, & Aretin. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Bald. *numer.* 38. Mouentur primò; quia Exemplaris non poteſt fieri ei, qui alia de cauſa eſt per ſe inteſtabilis, quam ob dementiam, vel ſimilem morbum: quamobrem non poteſt exemplariter ſubſtitui furioſo, qui ante furorem fuiſſet condemnatus de crimine, ex quo efficeretur inteſtabilis, vt cum Barth. Baldo, & alijs notauimus *§. præcedent. numer.* 801. *fine*, Furioſus autem, qui eſt in poteſtate patris, non ſolùm eſt inteſtabilis per ſe propter dementiam, ſed etiam propter ipſam poteſtatem patriam, cui ſubjectus eſt, *l. Qui in poteſtate, ff. de Teſtament. Inſtitut. Quib. non eſt permiſſ. facere teſtament. in princip. cum ſimil.* Secundò, quia Exemplaris non poteſt fieri recaſuro in poteſtatem alterius, vt eſt communis DD. & traditum eſt *ſupra, dict. numer.* 801. Ergo multò minus fieri poterit exiſtenti jam in alterius poteſtatem.

819 Nihilominus contraria ſententia eſt communis, & nobis amplectenda. Eam tenent Barthol. ſupponens eam vt certam *in dict. l. Ex facto, numer.* 37. *ff. de Vulgari*; & ibi Rayner. Guilliel. de Cun. Cynus, Jacob de Aret. Dinus, Jaſ. Ripa & alij, Salic. *in dict. l. Humanitatis*, & ibi Coraſ. & Corn. quos omnes citat, & ſequitur Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 3. *cap.* 3. *numer.* 8. *fine*, affirmans hanc eſſe communem, & receptam ſcribentium ſententiam; tenet etiam Polit. *de Subſtitution. rubr. de Exemplari, numer.* 12. Leon. etiam *in rubr. de Exemplari, numer.* 54. & alij. Probatur, quia jus ſimpliciter concedit vtrique parenti, vt poſſint ſubſtituere filio exemplariter; & eſt conceſſio fauorabilis, tum ex natura ipſius ſubſtitutionis, tum ex mente concedentis, qui id conceſſit intuitu humanitatis, *dict. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Ergo debet intelligi ample, atque adeo facta vtrique parenti, tam diuiſiuè, quàm copulatiuè; ideſt, quòd vterque pro ſua parte hanc ſubſtitutionem facere poſſit, nihil obſtante quòd filius ſub alterius (nempe patris) poteſtate exiſtat, maximè cùm ad hanc ſubſtitutionem faciendam nulla ratio patriæ poteſtatis habeatur, vt ex dictis conſtat, & magis ſtatim declarabitur, reſpondendo ad contraria fundamenta.

Ad primum itaque fundamentum 820 prioris ſententiæ reſpondetur, licèt furioſus exiſtens ſub patris poteſtate non ſolùm ſit inteſtabilis per ſe ratione amentiæ, ſed etiam ratione poteſtatis patriæ, cui ſubjectus eſt, attamen vt ei poſſit fieri ſubſtitutio Exemplaris, ſeu vt ita dicam, teſtamentum Exemplare, nihil talem ſubjectionem officere, ſicut non officit ſubſtitutioni, & teſtamento Pupillari, ad cujus exemplum Exemplaris introducta eſt: nam Pupillaris ſubſtitutio fieri poteſt impuberi, etiam infanti exiſtenti ſub patris poteſtate,

licèt

licèt non ſolùm ſit inteſtabilis per ſe ob defectum ætatis, & judicij ſufficientis (propter quem ſupplendum conceſſa fuit patri facultas ſubſtituendi ei pupillariter) ſed etiam ob ipſam poteſtatem patriam, quæ ſublato etiam defectu ætatis, & judicij illum impediret, ne per ſe teſtari poſſet vt per *d. l. Qui in poteſtate, & d. Inſt. Quibus non eſt permiſſ. facer. teſtam. in princip.* Itaque patria poteſtas, quamuis impedimentum præſtet, ne filius ei ſubjectus poſsit teſtari per ſe, attamen non impedit quominus alter, qui alioqui ſit habilis, poſsit pro eo teſtari per Pupillarem, vel Exemplarem. Cum hoc autem ſtat, quòd vt hæ ſubſtitutiones ſint vtiles, opus eſt vt filius aliquo tempore ſit ſui juris, ſeu extra patriam poteſtatem, nempe tempore mortis, quod quidem in pupillari eſt citra dubium, vt cõſtat ex dictis in propria materia: & in Exemplari tradit bene Trentacinq. *d. numer.* 8. *verſ. Circa primum*, vbi dicit tam Exemplarem, quàm Pupillarem factam filio exiſtenti in poteſtate conferri in tempus, quo ille ſui juris eſſe incipiat, & non eſſe in conſideratione tempus, quo talis ſubſtitutio fit, juxta *l.* 2. *§. Sed & ſi extraneum, ff. de Vulgari*, & ibi Alciat. *num.* 1. idque ita conſtitutum eſſe in his ſubſtitutionibus ex diſpenſatione legis, quamuis aliud ſit quando furioſus laboraret alio impedimento teſtandi, quòd ſua culpa ante furorem contraheret.

821 Ad ſecundum reſpondent aliqui, negando conſequentiam, quam dicunt fallere in matre furioſi, quòd hęc non prohibeatur ſubſtituere exemplariter filio furioſo exiſtente in poteſtate aui, & recaſuro in poteſtatem patris, licèt ipſe auus non poſſet: cujus diuerſitatis hanc aſsignant rationem; quia mater ſubſtituendo non præjudicat patri, in cujus poteſtatem recaſurus eſt, quin ipſe etiam ſubſtituere poſsit: at verò auus patri præjudicaret, quia non poſſet poſtea ſubſtituere filio exemplariter. Ita reſpondet Trentacinq. *d. num.* 8. *verſ. Secundò* poſt Ripam, quem refert. Mihi tamen aliter reſpondendum videtur, juxta ſupradicta *numer. præced. & §. ſuperiore, numer.* 802. Nam cùm ex prædictis conſtet, ad Exemplarem ſubſtitutionem non requiri, quòd furioſus ſit extra patriam poteſtatem, niſi tantùm tempore mortis, nihil impedit quominus exiſtenti in poteſtate alterius vel in eam recaſuro, poſsit mater, & alius facere Exemplarem ſubſtitutionem, quæ ita demum ſit vtilis, ſi furioſus extra eam poteſtatem reperiatur quando è vita decedit. Quamobrem cùm in communi ſententia dicitur, requiri ad Exemplarem, quòd furioſus non ſit recaſurus in poteſtatem alterius, intelligendum eſt de recaſuro in poteſtatem, in qua tempore mortis reperiatur, vt *dict. numer.* 802. notauimus. Ex quo nihil contra noſtram ſententiam concluditur, vt patet.

Dubitabis quartò, ſi tam pater, quàm mater filio furioſo exemplariter ſubſtituant, an vtraque ſubſtitutio ſtare debeat, & quomodo? Hac in re varij admodum ſunt DD. Quidam enim cenſent præferendam eſſe ſubſtitutionem patris, ſolumque ſubſtitutum, à patre datum debere ſuccedere in hęreditate furioſi. Ita Polit. *tract. de Subſtitution. rubr. de Exemplari, numer.* 9. *ad finem*, & Zaſius *de Subſtitution. cap.* 3. *num.* 2. *verſ. Ego ex ſententia.* Ducuntur, quia pater eſt dignior, & ſanius creditur ejus conſilium pro filio, quàm matris: vnde lex magis de illo confidit, vt patet in tutelis; ſiquidem vt tutor datus à patre admittatur, nulla judicis inquiſitio requiritur: quod ſecus eſt in tutore dato à matre, qui non admittitur, niſi, cauſâ cognitâ, per judicem confirmetur, *l.* 1. *&* 2. *ff. de Confirmat. tut.* Facit etiam quòd in contraria ſententia admittenda erunt duo teſtamenta ejuſdem perſonæ, ſeu quòd quis decedat cum duobus teſtamentis, quod eſt contra juris regulas. Igitur ne illæ offendantur, & vt digniori plus deferatur, præferenda erit ſubſtitutio facta per patrem, & ſubſtitutus ab eo datus erit hæres 822

in ſolidum illius furioſi. Hanc ſententiam approbat Leon. *tract. de Subſtitut. in materia Exemplaris, numer.* 54. *& ſeqq.* licèt ibidem etiam inducat aliam *num. ſeq.* referendam, quam cenſet æquè probabilem; approbat etiam Spino *in ſpec. teſtam. tit. de Exemplari, num.* 6. vbi dicit matrem non poſſe, niſi in ſubſidium ſubſtituere, quando pater filio non prouidit per ſubſtitutionem. Addunt verò Polit. & Zaſ. *loc. citat.* quòd prælato teſtamento patris, ſubſtitutus hæres tenebitur ex fideicommiſſo reſtituere bona materna ei, qui in teſtamento matris fuit ſubſtiturus.

823 Alia ſententia eſt Leonij *loco citat. numer.* 53. *& ſeq.* vbi duo ſtatuit: primum, vnam tantùm ſubſtitutionem Exemplarem fieri poſſe furioſo patrem & matrem habenti; ne admiſſa duplici ſubſtitutione ab vtroque parente factâ, ſequatur contra juris regulas, eandem perſonam decedere cum duobus teſtamentis. Alterum dari in ſubſtituendo exemplariter jus præuentionis inter patrem & matrem furioſi, vt ſi pater priùs ſubſtituat, non poſſit poſtea mater ſubſtituere, & econtra. Quod inde probat, quia jus abſolutè & indiſtinctè concedit parentibus, vt poſſint ſubſtituere exemplariter filio mentecapto, vt patet *ex d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ſic nihil amplius concedit patri, quàm matri, neque patria poteſtas hìc habetur in conſideratione: quando autem aliquid æqualiter cōceditur duobus quod per vnum tantùm expediri poteſt, datur inter illos jus præuentionis. Ergo ita cēſendum eſt in præſenti, ſuppoſito quòd vnus tantùm dictam ſubſtitutionem facere poteſt, vt probatum eſt. Et quidem vnō tantùm, ſiue patre, ſiue matre, ſubſtituente, ſufficienter prouidetur filio, & qui ſubſtitutus fuerit vniuerſa illius bona habebit.

824 Communis autem, & verior ſententia eſt, vtramque ſubſtitutionem, ideſt, tam patris, quàm matris, ſimul ſtare & valere poſſe. Ita ſentiunt Barth. *in d. l Ex facto, num.* 37. & ibi Alex. Iaſ. Rayn. Guil. de Cun. Salic. Ripa, & cæteri communiter, Bald. *tract. de Subſtitut. tit. de Exēplari, num.* 23. Barth. de Hucio *de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 19. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 3. *cap.* 3. *num.* 11. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 6. *num.* 13. & alij. Probatur, quia quando aliquid conceditur pluribus ſimpliciter, & poteſt in eis eſſe locus concurſui, omnes ſimul admittuntur, & concurrere poſſunt, vt ex ipſis terminis patet: poſſe autem ſubſtituere exēplariter, conceditur ſimpliciter & indifferenter vtrique parenti, vt conſtat per *d. l. Humanitatis*; neque aliquid obſtat, quominus vtrique ſimul poſſint concurrere, ſubſtituendo vnuſquiſque pro ſua parte eidem filio: nam quòd inde ſequatur, eandem perſonam, nempe illum filium, decedere poſſe cum duobus teſtamētis, nullum eſt incouueniens; cùm id proueniat ex diuerſitate perſonarum teſtantium; in quo nullæ juris regulæ offenduntur; ſolùm enim offenderentur quando eadem perſona ſibi ipſi faceret duo teſtamenta, & cum vtroque decederet.

Adhuc tamen, ſuppoſitâ prædictâ ſententia communi, eſt difficultas, vtrum paterna ſubſtitutio aliqua ex parte præferenda ſit maternæ ſimul concurrenti? Cui quæſtioni, vt diſtinctiùs procedamus, per aliquot concluſiones ſatisfaciendum eſt. Prima ſit. Subſtitutus à patre præfertur ſubſtituto à matre in bonis prouentis filio ab ipſo patre, ſeu per viam paternam. In hac conueniunt omnes DD. ſupra citati; & conſtat facilè, quia pater habet fortius jus in his bonis: & ſic quoad ea præferri debet ſubſtitutus paternus. Secunda. Subſtitutus à matre præferendus eſt in bonis maternis ſubſtituto à patre. Ita Barth. & cæteri DD. *num. præced.* allegati. Probatur, quia in bonis maternis fortius jus habet ipſa mater; vt patet, tum ex ipſis terminis: tum argum. *l. Si arrogator, ff. de Adoption. & l. Sed ſi plures, §. In arrogato, ff. de Vulgari, & l. De emancipatis, §. Exceptis*, vbi in bonis fratris defuncti prouentis à matre præferuntur vterini conſanguineis tantū, *Cod de Legit. hæred.* Tertia. In bonis non à patre, neque à matre profectis, ſed aliun- 825

aliunde filio acquiſitis, vt ex propria induſtria, vel ex donatione, aut teſtamento alicujus extranei, probabile eſt quòd ſubſtitutus à patre datus, præfertur materno, ſi pater filium habebat in poteſtate. Ita ſentiunt Barthol. *in d. l. Ex facto, num.* 37. & ibi Jaſ. & Ripa Bald. *in d. tit. de Exemplari, num.* 23. Barthol. de Hucio *d. cap.* 3. *num.* 19. Trentacinq. *d. num.* 1. & alij. Probant, quia propter patriam poteſtatem majus jus habet pater ad prouidendum filio, quàm mater: ergo ſaltem in illis bonis, quę à matre non ſunt profecta, præferendus erit ſubſtitutus à patre. Si autem filius non eſſet in poteſtate patris, concludunt omnes hi DD. quòd tunc vterque ſubſtitutus ſuccedet pro partibus æqualibus in dictis bonis aliunde acquiſitis, eoquod reſpectu illorum paris ſunt conditionis. Quarta & vltima. Siue pater filium haberet in poteſtate, ſiue non, probabilius videtur, quòd in dictis bonis aliunde acquiſitis vterque ſubſtitutus debet æqualiter ſuccedere. Ita Imola *in d. l. Ex facto, col pen. verſ. Adde circa tertium,* quem ſequitur Alex. *ibid.* & Anton. Gom. *d cap.* 6. *fine,* & alij. Quia in Exemplari ſubſtitutione patria poteſtas non habetur in conſideratione, vt conſtat ex *d. l. Humanitatis,* & ſic propter eam præferri non debet ſubſtitutus patris: quod bene confirmatur ex deciſione Baldi communiter approbata *in cap.* 1. *de Gradibus ſuccedentium in feudo, ſeu de Succeſſ. fratrum,* vbi reſoluit quòd in ſucceſsione feudi frater vtrinque conjunctus non præfertur conſanguineo tantùm, contra text. *in Auth. Itaque, Cod. Communia de ſucceſsion.* eoquòd in materia feudali non conſideratur qualitas cognationis.

826 Hinc colligitur, quid dicendum ſit, quando ſunt duo exemplariter ſubſtituti, alter ab auo furioſi, & alter à matre. Nam ſi loquamur de auo paterno: idem erit dicendum, atque in ſuperiori quæſtione, vt reſoluunt Barth. *in d l. Ex facto, numer.* 38. Bald. *in d. tit. de Exemplari, numer.* 24. & alij, quos ſequitur Trentacinq. *d. cap.* 3. *num.* 13. Si autem loquamur de auo materno: vel mater eſt in ejus poteſtate; & tunc ſolus ſubſtitutus ab eo datus admittendus eſt; quia in tali caſu mater non poteſt teſtari, cùm non ſit ſui juris, & ſic nec exemplariter ſubſtituere: vel non eſt in poteſtate aui: & tunc reſoluit cum alijs Trentacinq. *d. num.* 13. quòd præfertur ſubſtitutus ipſius matris; quòd hæc præferatur in tutela, & ſucceſsione. Ego verò, juxta ſupradicta, cenſeo, non eſſe omnino excludendum ſubſtitutum aui, ſed admittendum ad bona, in quibus furioſus ab auo inſtitutus eſt, ſaltem jure fideicommiſsi. Diuerſo modo hac in re opinatur Alexand. apud Trentacinq. *loc. cit.* ſed non oportet in eo refellendo immorari.

Dubitabis quintò, vtrùm ſicut parentes poſſunt ſubſtituere exemplariter filio 827 mentecapto, ita etiam ſi pater, vel mater eo morbo laboret, poſsit filius maior, & ſui juris ei ſubſtituere? Reſpondetur negatiuè, ex communi ſententia, quam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 8. & ibi Alex. Imola, Ripa Hieron. Verius, Alciat. & alij communiter, Rayner. Guilliel. de Cun. & Alberic. *in rubr. ff. eodem.* Bald. *in d. l. Humanitatis,* & ibi Caſtr. Corat. Corn. Angel. & Dec. *in ſuis tractatibus de Subſtitut. in materia Exemplaris* Bald. *num.* 4. Barth. de Hucio *numer.* 4. Polit. *q.* 65. *num.* 5. & 6 Zaſius *numer.* 5. Leon *num.* 60. & Trentacinq. *p.* 3. *num.* 2. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 6. *num.* 10. Menchac. *de Succeſs. progreſſu, lib.* 2. §. 17. *num.* 62 Odd. *in Præludio de Compendioſa, p.* 4. *q.* 2. *num.* 2. Fuſar. referens alios *q.* 181. *de Subſtitut.* & cæteri omnes, vno excepto Jaſone, qui contrarium tenuit *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari.* Fundamentum eſt quia *in d. l. Humanitatis, & in §. Qua ratione, Inſt. de Papillari,* ſolis parentibus indulgetur, vt poſsint ſubſtituere exemplariter liberis mentecaptis; neque *in d l. Ex facto,* quæ loquitur de Exemplari, ad quam olim facultas à principio impetrabatur, vllum eſt veſtigium, ex quo colligatur eam facultatem filijs etiam concedi reſpectu parentum: ergo cùm ſimus in materia exorbi-

bitanti, in qua ſtricta interpretatio faci-enda eſt, *l. Ius ſingulare, & l. Quod vero contra, ff. de Legib.* non debet illa facultas intelligi etiam conceſſa filijs erga parentes. Confirmatur, quia qui teſtatur pro alio, exercet quandam ſuperioritatem in illum, cum pro ſuo libito ei det hęredem, ac de ejus bonis in perpetuum diſponat: indecens eſt autem, quod filius ſuperioritatem in patrem, vel matrem exerceat, etiamſi ſint mentecapti; & ſic non debet cenſeri, quòd jus talem authoritatem filijs permittat.

828 Nec obſtat, quòd quando pater eſt mentecaptus, & dandus illi eſt curator, ea cura demandatur potiùs filio, quàm alteri, *l. His qui, ff. de Tutor. & curator.* Eſt enim valde diuerſa ratio in hoc. Quia curator datur bonis, & non perſonæ, & ſic filius patris curator ſolùm adminiſtrat ejus bona, & nullam exercet ſuperioritatem in perſonam, ſicut exerceret, dando illi hęredem, cùm hæres perſonam defuncti repræſentet, & in ejus locum ſuccedat. Præterea, quod filius adminiſtret bona patris furioſi ſpectat maximè, tum ad vtilitatem ipſius patris, de quo nemo meliùs curabit quàm filius, tum etiam ad vtilitatem & intereſſe ipſius filij, ad quem bona illa deuentura ſunt: quæ rationes non militant in noſtro caſu. Accedit tandem, quòd furioſo filios habenti, debet per Exemplarem ſubſtitui aliquis ex filijs, vt diſponitur *in d. l. Humanitatis*; vnde ſi filius poſſet, & vellet talem ſubſtitutionem ei facere, opus eſſet, vt ſe ipſum ſubſtitueret, ſi fratres non haberet: quod eſt abſurdum, cùm nemo ſe ipſum poſſit ſubſtituere argum. text. *in §. Sed neque hæres ſcriptus, Inſtit. de Teſtament.*

829 Dubitabis ſextò & vltimò: vtrùm ſi extraneus ſubſtituat exemplariter mentecapto, talis ſubſtitutio ſuſtineatur in vim fideicommiſsi? Reſpondent affirmatiuè Capra *de Exemplari ſubſtitut. num.* 114. & Gall. *de Except. ſucceſſ. tit.* 4. *except.* 20. *num.* 34. *art.* 2. quos refert Fuſar. *de Subſtitut. q.* 182 & mihi etiam hæc reſolutio placet, cùm ea videatur eſſe mens ſubſtituentis. Addo præterea, in ea ſubſtitutione contineri Tacitam Vulgarem validam, vt in ſimili de Pupillari facta ab extraneo reſoluimus cum Barthol. & communi *ſect.* 2. *hujus diſp. §.* 2. *num.* 48.

§. 5. Explicantur quædam requiſita ad Exemplarem ſubſtitutionem, quæ ex parte teſtatoris, vel ipſius teſtamenti ſe habent.

SVMMARIVM.

AD Exemplarem ſubſtitutionem requiritur, vt ſubſtituens ſibi etiam hæredem inſtituat, niſi ſubſtituens ſit miles, num. 830.

Vtrum ad ſubſtitutionem Exemplarem requiratur, vt teſtator inſtituat ipſum filium, cui ſubſtituit, num. 831. *Rupto teſtamento ex cauſa præteritionis, Exemplaris nihilominus conſeruatur, per* Auth. Ex cauſa, *ibid.*

Ad Exemplarem ſubſtitutionem requiritur, vt hæreditas ſubſtituentis adeatur, num. 832. *Quod intellige, niſi filius, cui ſubſtitutio eſt facta, eſſet hæres Suus. Et ſi hæres Suus non eſſet, quæ aditio ſufficiat? num.* 833.

Requiritur etiam ad Exemplarem, vt ſubſtituens priùs moriatur, quàm filius, cui ſubſtituit, num. 834.

Vtrùm quando vterque parens exemplariter ſubſtituit eidem filio, requiratur vtriuſque mors ad hoc vt ſubſtitutio vim habeat? num. 835.

PRo complemento ſuperioris doctrinæ circa perſonas, quæ poſſunt exemplariter ſubſtituere, explicanda in præſenti ſunt nonnulla requiſita ad hanc ſubſtitutionem, quæ ex parte earundem perſonarum, vel teſtamenti ab eis facti, neceſſaria ſunt.

Primò itaque requiritur, vt perſona ſubſtituens non tantùm filio, ſed etiam ſibi 830

bi ipſi teſtamentum faciat, ſeu hæredem inſtituat. Ita Barth. *in d. l. Ex facto, numer. 17. ff. de Vulgari*, & ibi alij DD. Bald. *tract. de Subſtitut. tit. de Exemplari, numer. 9.* Barth. de Hucio, *de Subſtitut. c. 3. num. 8.* Zaſius *de Subſtitut. cap. 3. numer. 6.* Leon. *de Subſtitut. in materia Exemplaris, num.* 81. Trentacinq. *de Subſtitut. p. 3. cap. 5. num. 12. verſ. Tertio, & vltimo.* & omnes. Probatur quia quoad hoc eadem eſt ratio in Exemplari atque in Pupillari ſubſtitutione; ad quam neceſſario requiritur, vt pater ſibi teſtamentum faciat, vt vidimus *ſect. præcedenti, §. 7. in princip.* Vnde quæ ibi circa hoc requiſitum reſpectu Pupillaris dicta ſunt, in Exemplari etiam locum habent; cùm ad Pupillaris ſimilitudinem inducta ſit. Conſtat etiam hoc requiſitum per *d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* quæ requirit vt ſubſtituens exemplariter relinquat legitimam filio, cui eam ſubſtitutionem facit, ne teſtamentum per querelam rumpatur; vbi planè ſupponitur debere ſubſtituentem ſibi ipſi teſtamentum facere: neque hodie poteſt legitima relinqui niſi jure inſtitutionis, & ſic in teſtamento, *§. Aliud quoque, Auth. Vt cum de Appellat. cognoſc.* Fallit autem hoc requiſitum in milite, juxta text. *in l. Miles ita, §. fin. & in l. In fraudem, §. fin. ff. de Milit. teſtam* vt in ſpecie notat Barth. *loc. citat.* & in Pupillari dictum eſt *ſupra, dict. §. 7. in princip.*

831 Secundò requiritur, juxta multos DD. quòd teſtator inſtituat filium, cui ſubſtituit. Ita Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 18. & ibi Alex. *num.* 33. Jaſ. *num.* 21. Ripa *numer.* 71. Angel. Imola, & alij communiter, idem Barthol. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Bald. Angel. Salic. Fulgoſ. Caſtr. & alij, quos retuli *ſupra §. 3. num. 796.* qui tenent non poſſe Exemplarem fieri exhæredato, ſed oportere vt fiat inſtituto, ſaltem in legitima, juxta *d. l. Humanitatis*, cujus verba *eod. numer. 796.* ponderata ſunt; & ſunt totum fundamentum hujus ſententiæ. Nihilominus verior ſententia eſt, non requiri determinatè ad hanc ſubſtitutionem, quòd filius ſit inſtitutus, ſed quòd ſit inſtitutus, vel legitimè exhæredatus, ſicut requiritur ad Pupillarem, juxta *l. 2. in princip. verſ. Sed ſi eos, ff. de Vulgari.* Ita ſentiunt Angel. de Aret. Corn. Coraſ. Curt. jun. Lancel. Dec. & Philip. Dec. plureſque alij, quos citauimus, & ſecuti ſumus *d. §. 3. numer. 797.* aſſerentes etiam exhæredato poſſe exemplariter ſubſtitui. Quòd citato loco ſatis probauimus, excludendo ſimul fundamentum contrariæ ſententiæ: quare nullam hac in parte differentiam facimus inter Pupillarem, & Exemplarem ſubſtitutionem: & ſic quæ in Pupillari circa hoc requiſitum dicta ſunt *ſect. præced. §. 7. à num. 556.* Exemplari etiam applicanda ſunt; cùm hæc ad ſimilitudinem illius inducta ſit, atque eadem in vtraque ſit ratio, quoad præſens inſtitutum. Vnde illud etiam admittendum eſt, licèt filius non ſit inſtitutus, neque exhæredatus in teſtamento ſubſtituentis, adhuc ipſam Exemplarem ſubſtitutionem valere, & conſeruari debere per *Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter.* vt in ſpecie tradunt Polit. & alij à nobis citati *d. §. 3. numer. 798.* & latiùs cum multis alijs traditum eſt in Pupillari *d. §. 7. ſectionis præced. à num. 558.*

Tertiò requiritur, vt hæreditas ex teſtamento principali ipſius ſubſtituentis adeatur, vel acceptetur, vt per Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 21. & ibi Scribentes, Bald. *tract. de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num.* 12. Barth. de Hucio; *de Subſtitut. cap. 3. num.* 10. Zaſius *de Subſtit. cap. 3. num. 6.* & cæteri communiter. Ratio eſt, quia ſi non adeatur, vel acceptetur hæreditas, corruit teſtamentum, & quidquid in eo ſcriptum eſt, *l. Nemo, ff. de Teſtament. tutel.* Qua ratione etiam Pupillaris perit, ſi ex patris teſtamento hæreditas non adeatur, vt habetur *in d. l. 1. in princip. verſ. Adeo autem, ff. de Vulgari*, & diximus *ſect. præced. §. 7. numer. 581.* 832

Intelligendum eſt autem hoc requiſitum cum aliquibus moderationibus, quæ à citatis DD. ponuntur. Nam vel filius, cui 833

cui Exemplaris facta eſt, erat in poteſtate patris ſubſtituentis: & in hoc caſu neceſſaria non eſt vlla aditio, vel acceptatio hæreditatis;quia talis filius eſt hæres Suus, & ipſa exiſtentia Suitatis ſufficit ad confirmandas tabulas exemplares, argum. text. *in l. fin. §. fin. Cod. de Curat. Furioſ.* & argum. à ſimili de Pupillari,quæ per exiſtentiam Sui hæredis confirmatur, *l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari,* & dictum eſt *ſupra, d. num.* 581. vel non erat in poteſtate ſubſtituentis: & tunc ſi habebat hæredem, ſatis eſt quòd cohęres adeat; quia aditio cohęredis ſufficit ad confirmandum teſtamentum, & conſequenter ſubſtitutionem in eo factam; id quod etiam conſtat per *l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* Si autem cohæredem non habebat, opus eſt vt curator ipſius furioſi petat pro illo bonorum poſſeſsionem ſecundùm tabulas:quæ poſſeſsio licèt non ſit propriè aditio (curator enim furioſi non permittitur adire, ſed tantùm petere bonorum poſſeſsionem *l. fin. §. Sin autem, Cod. de Curat. fur.*) attamen confirmat tabulas exemplares, ſicut confirmat fideicommiſſa vniuerſalia, *l. Cum hæres inſtituta, ff. Ad Trebel.* quam legem dicit Barthol. *ſupra*, eſſe ſingularem ad hoc.

834 Quartò & vltimò requiritur, vt ſubſtituens priùs moriatur, quàm filius, cui exemplariter ſubſtituit. Non reperio hoc ita expreſſum apud DD. ſed tamen ab omnibus videtur ſupponi. Et quidem ſi talis filius erat in poteſtate ſubſtituentis procedit in eo ratio principalis, ob quam *ſect. præced. §.* 20. *numer.* 742. cum communi DD. ſtatuimus, perire Pupillarem ſubſtitutionem, ſi filius viuo patre ſubſtituente moriatur. Quia nimirum talis filius non ſolùm eſt inteſtabilis ob defectũ naturalem, propter quem ſupplendum Pupillaris, & Exemplaris ſubſtitutio inducta eſt, ſed etiam ob patriam poteſtatem, à qua ſi non exeat, & ſui juris efficiatur, vt per ſe teſtari non poteſt, *Inſtit. Quibus non eſt permiſſ. fac. teſtam.* ita nec valere teſtamentum ei factum per alium, vt ſæpius in ſuperioribus dictum eſt.

Cæterùm quòd etiam quando filius non erat in poteſtate ſubſtituentis, opus ſit vt ſubſtituens præmoriatur. Probatur facilè hac ratione; quæ procedit ſiue filius eſſet in poteſtate, ſiue non. Nam quandiu teſtator viuit,nullam vim neque effectum habet ejus teſtamentum, vel diſpoſitio aliqua in eo contenta, vt eſt notiſsimum: ergo,ſi filius moriatur viuo teſtatore ſubſtituenre, pertinebit neceſſariò hæreditas ipſius filij, & omnia ejus bona, ſiqua habebat, ad hæredes ab inteſtato, & non ad ſubſtitutum, cùm ſubſtitutio contenta in teſtamento nihil omnino operetur viuẽte teſtatore; & ſic impedire non poſsit, quominus totum jus acquiratur hæredibus legitimis illius filij, quales erunt ejus mater & pater, vel alius aſcendens: aut illius liberi, ſi eos habuerit. Quæ ratio ſimiliter concludit in Pupillari ſubſtitutione.

Si quæras, vtrùm quando vterque parens exemplariter ſubſtituit, eidem filio, requiratur vtriuſque mors? Negat abſolutè Fuſar. *de Subſtitut. q.* 179. *fine*, cum Intrigl. quem refert. Diſtinguendum tamen eſt: nam vel filius erat in poteſtate patris; vel non: ſi hoc ſecundum, ſatis proculdubio eſt, quòd alter parentum ante illum moriatur, ad hoc vt valeat ſubſtitutio ab ipſo præmortuo facta: & ſolùm euaneſcet ſubſtitutio, quam ſuperuiuens fecit: nihil enim obſtat teſtamento, & ſubſtitutioni talis parentis præmortui, quòd alter parens illi,& filio ſuperſtes ſit. Si autem filius erat in poteſtate patris, tunc vt ſubſtitutio ei per matrem facta valeat, neceſſe eſt quòd vterque parens præmoriatur: de ipſa matre, quòd oporteat eam prædecedere, conſtat ex dictis *num. præced.* De patre etiam probatur ex dictis *§. præced. num.* 820. vbi tradidimus requiri ad Exemplarem ſubſtitutionem, quòd filius ſaltem tempore mortis ſuæ ſit ſui juris; ſeu extra patriam poteſtatem: vnde ſi mortua matre remanet vſque ad mortem ſub poteſtate patris, neceſſe eſt euaneſcere ſubſtitutionem ei factam per matrem. Si autem pater priùs moriatur, tunc bene ſtabit ſubſtitutio per ipſum pa- 835

trem

trem facta, licèt mater ei, & filio ſuperuiuat: cum mortuo patre, ſtatim filius reddatur ſui juris, & ſit capax decedendi cũ teſtamento.

§. 6. *Qui ſubſtituendi ſint quando ſit Exemplaris ſubſtitutio?*

SVMMARIVM.

Si mentecaptus habet filios, vel alios deſcendentes, ij ſunt exemplariter ei ſubſtituendi, vel aliquis eorum, num. 836. Vtrùm hoc ſit intelligendum de ſolis legitimis, an etiam de naturalibus tantum? num. 837. & ſeqq.

Vtrum exiſtentibus pluribus filijs mentecaptis, poſſit ejus parens ſubſtituere vnum ex eis, & cæteros prætetire, vel exhæredare, ſine alia cauſa legitima? Affirmant aliqui, num. 840. Alij verò probabiliùs negant, num. 841. & ſeq. Soluuntur fundamenta prioris ſententiæ, num. 843.

Si mentecaptus deſcendentes non habeat, debent ei ſubſtitui exemplariter fratres, ſi eos habeat, vel aliquis eorum, quod intelligitur tam de vtrimque conjunctis, quam etiam de conjunctis ex altero tantùm latere, ita vt pater teneatur ſubſtituere conſanguineos, & mater vterinos, numer. 837. & 844. & ſeq.

Extantibus fratribus mentecapti vtrimque ei conjunctis, & ſimul conſanguineis tantùm, & vterinis tantùm, in electione patris eſt ſubſtituere ei exemplariter vnum ex conſanguineis, & in electione matris vnum ex vterinis, prætermiſſis alijs, etiam vtrimque conjunctis, licèt aliqui DD. refragentur, num 846.

Si furioſo eſſent ſubſtituti exemplariter duo ejus fratres, & vnus eorum, relictis filijs moreretur, viuente adhuc ipſo furioſo, vtrum filij fratris defuncti concurrere debeant cum patruo ſuperſtite in ſucceſſione furioſi? Proponitur pars affirmatiua, num. 847. Negatiua tamen ſtatuitur, num. 848.

Conſobrinus furioſi non poteſt ei ſubſtitui exemplariter ſimul cum fratre ipſius furioſi: neque per repræſentationem ſimul cum eo admitti, ſi talis frater exemplariter fuit ſubſtitutus, dict. numer. 848.

Declaratur quædam deciſio Senatus Luſitani, quæ præfatæ reſolutioni videbatur contraria, num. 649.

Si nullus extet frater furioſi, ſed tantùm filius fratris, non oportet eum filium ſubſtitui exemplariter ipſi furioſo, numer. 850.

Si omiſſo fratre furioſi ſubſtituatur exemplariter aliquis alius, vtrum non ſolùm ipſa ſubſtitutio, ſed etiam teſtamentũ principale ſit irritum? num. 851.

Si mentecaptus habeat filios, vel fratres, qui etiam ſint amentes, an oporteat eos exemplariter ſubſtitui? num. 852.

Vtrum extantibus filijs, vel fratribus mentecapti, poſſit ejus parens ſubſtituere illi aliquod monaſterium? Reſpondetur negatiuè, num. 853. & ſeq.

Vtrum pater ſubſtituendo exemplariter filio mentecapto matrem habenti, teneatur eam illi ſubſtituere, ſaltem in legitima ei aliàs debitâ ex bonis filij? Affirmant aliqui, num. 855. Communis tamen ſententia negat, numer. 856. Soluitur fundamentum contrarium, num. 857.

Parentes, quibus eſt filius mentecaptus, non poſſunt ſe ipſos exemplariter ſubſtituere, num. 858.

Quando filius, vel frater mentecapti fuerit ei ſubſtitutus, grauari non poteſt fideicommiſſo, neque alio onere, numer. 859. Id verò intelligitur, niſi grauamen imponatur in fauorem alicujus, qui etiam poterat ſubſtitui, num. 860. Idem niſi ſubſtitutus grauetur in eo, quod teſtator reliquit mentecapto vltra legitimam ei debitam, num. 861. Et niſi ſimul eſſet ſubſtitutus pupillariter verbis expreſſis, num. 862.

Deficientibus liberis, & fratribus mentecap-

tecapti, poſſunt ejus parentes et ſubſtituere exemplariter quaſcumque alias perſonas, eaſque grauare fideicommiſſo; num. 863.

836 QVod attinet ad perſonas, quæ per Exemplarem ſubſtituendæ ſunt, ſic diſponitur *in d. l. Humanitatis, Cod de Impuber. & alijs ſubſtit.* ibi, *Si filius, vel alij deſcendentes, & hujuſmodi mentecapta perſona, ſapientes ſint, non liceat parenti, qui, vel quæ teſtatur, alios quàm ex eo deſcendentes, vnum, vel certos, vel omnes ſubſtituere. Sin verò etiam liberi teſtatori, vel teſtatrici ſint ſapientes; ex eis verò perſonis, quæ mentecaptæ ſunt, nullus deſcendat, ad fratres eorum, vnum, vel certos, vel omnes, eandem fieri ſubſtitutionem oportet.* Quo ex textu plures circa præſentem materiam oriuntur dubitationes hìc à nobis expediendæ.

837 Prima dubitatio eſt, vtrum quod in hac lege dicitur, debere ſubſtitui filios mentecapti, intelligatur etiam de illegitimis, ſeu naturalibus, qui ſucceſsionis ſunt capaces? Pro parte affirmatiua ſtat ea ratio; quia furioſus non poteſt contrahere matrimonium, cùm careat conſenſu libero, & ſic nec procreare filios legitimos: ergo non eſt veroſimile, quòd Imperator *in d. textu* de legitimis cogitauerit, & non potiùs de illegitimis, quos tantùm habere poteſt furioſus. Quo argumento Barthol. *in d.l. Ex facto, num.* 44. *ff. de Vulgari,* tenet Exemplarem extingui ſi furioſo naſcatur filius, quanuis naturalis tantùm. Et ita hanc partem in naturalibus natis ex concubina retenta in domo ſuſtinet Gall. *de Exception. ſucceſſ. tit.* 4. *except.* 20. *num.* 83. *& ſeq. p.* 2. vbi alios refert.

838 Contrarium nihilominus tenent meritò Polit. *tract. de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num.* 21. Odd. *in Prælud. de Compend. p.* 4. *q.* 8. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 189. & alij, quos retulerunt; citari etiam pro hac parte poſſunt qui ſentiunt, Exemplarem non expirare per natiuitatem filiorum ipſius mentecapti, niſi ſint legitimi, cujus opinionis ſunt Zal. *de Subſtitut. c.* 3. *fine,* Leon. *de Subſtitut. in materia Exemplaris, num.* 123. & multi alij, quos citat, & ſequitur Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 3. *cap.* 6. *ſub numer.* 2. Probatur primo, quia in legibus nomine filiorum ſimpliciter dictorum non comprehenduntur naturales, ſed tantùm legitimi, vt latè probat Socin. *l. Cum auus, a num.* 61. *ff. de Condit. & demonſtr.* Secundò, quia filij naturales non vocantur per leges ad ſucceſſionem patris ab inteſtato, *l. fin. C. de Natural. liber.* Ergo multo minùs intelligi debet, quòd leges cogant eos vocari ad ſucceſsionem ex teſtamento per Exemplarem: ſiquidem faciliùs quis excluditur à ſucceſsione teſtamentaria, quã ab inteſtato: hinc enim videmus omnes conſanguineos vſque ad decimum gradum vocari ad ſucceſsionem ab inteſtato, ſeruatã gradus prærogatiuã: cùm tamen non oporteat vocari per teſtamentum, niſi ſolos deſcendentes, vel aſcendentes, & interdum etiam fratres. Tertiò denique quia in Exemplari ſubſtitutione poteſt præteriri mater furioſi, juxta veriorem ſententiam infra tradendam, nihil obſtante quòd aliàs ipſi matri debetur ſucceſsio talis filij, ſaltem quoad portionem legitimam. Ergo multò magis præteriri poteſt filius naturalis, cui nullo jure patris ſucceſſio debetur. Neque obſtat ratio adducta pro altera parte: quia reſpondetur, etiam furioſo poſſe naſci filios legitimos, nempe ex matrimonio ante furorem contracto; quod adueniente furore non irritatur, *l. Patre furioſo, ff. de His qui ſunt ſui, vel alieni jur. cap. Dilectus filius, de Sponſal.*

Limitanda verò eſt prædicta ſententia 839
vt non procedat in filijs naturalibus, quibus debetur ſucceſsio, cujuſmodi ſunt filij naturales, etiam ſpurij ex coitu non punibili, reſpectu matris non illuſtris, *l. Si ſuſpecta, §.* 1. *ff. de Inoffic. teſtament. l.* 1. *§.* 1. *ff. Ad Tertul. §. Nouiſsimè, Inſt. Ad Orfic. l. Si qua illuſtris, Cod. Ad Orfic.* Item in Luſitania filij naturales reſpectu patris plebeij, vt per *Ordinat. Reg. lib.* 4.

lib. 4 *tit.* 92. Hi enim tanquam legitimi habentur ad ſuccedendum parenti tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento, etiam exiſtentibus alijs verè legitimis.

840 Secunda dubitatio eſt, vtrum exiſtentibus pluribus filijs mentecapti, poſsit ejus parens ſubſtituere vnum ex eis, & cæteros præterire, vel exhæredare ſine alia cauſa legitima? Reſpondent affirmatiuè Imola *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, & ibi Iaſ. idem Imola *in cap. Raynutius, in materia Exemplaris, de Teſtam.* Fulgoſ. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Caſtr. Coraſ. Curt. jun. Rayner. Cynus, Aret. Iaſ. & alij. Polit. *tract. de Subſtit. rubr. de Exemplari, num.* 19 & Zaſius *de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 7. Mouentur primò & principaliter per text. *in d. l. Humanitatis*, quatenus ibi expreſsè habetur, vt ex filijs mentecapti ſubſtituat teſtator vnum, vel certos, vel omnes: cui textui planè ſatisfacit, qui ſubſtituit vnum, cæteris omnino prætermiſsis. Secundò, quia vno tantùm ſubſtituto, non poſſunt alij conqueri, quòd fuerint præteriti ab auo patre mentecapti, à quo præcedebantur: nam auus non tenetur inſtituere nepotes, viuente patre, eoſque præcedente, *l. Gallus, § In omnibus, ff. de Liber. & poſthum.* neque etiam conqueri poſſunt de ipſo patre mentecapti, vel de ejus teſtamento, cùm teſtamentum exemplare, quantum ad ordinationem, non ſit teſtamentum patris, ſed aui, vt per *l. Papinianus, §. Sed neque impuberis, ff. de Inoffic. teſtament.* vbi ex ſimili fundamento excluditur querela matris præteritæ in teſtamento pupillari.

841 Nihilominus contrariam ſententiam probabilius tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num* 31. & ibi Alex. Angel. Salic. Ripa, & Hieron. Verius, Gloſ. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Bald. Angel. Salic. Alex Iaſ. Dec. & Corn. Menchaca *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. *§.* 27. *n.* 56. & Trentac. *de Subſt. p.* 3. *cap.* 5. *ſub n.* 5. vbi dicit hanc eſſe æquiorem ſententiam, & quòd ab ea in judicando, & conſulendo nullo pacto recederet. Fundamentum principale eſt, quia cùm Imperator, *in d. l. Humanitatis*, cōſtituit, vt ex filijs mentecapti ſubſtituatur vnus, vel plures, aut omnes, non oportet intelligi, quòd conceſſerit, vt vno ſubſtituto, poſſent reliqui præteriri, vel exhæredari ſine cauſa. Nam rectè perpenſis verbis legis ibi, *Non liceat parentibus alios, quam ex eo* (ſcilicet mentecapto) *deſcendentes vnum, vel certos, vel omnes ſubſtituere*, planè conſtat ea eſſe poſita ad reſtringendam facultatem, quam ſuperiùs abſolutè conceſſerat parentibus ad ſubſtituendum exemplariter: quæ autem adjiciuntur ad diminutionem, vel reſtrictionem, non operantur augmentum, *l. Cū tale, §. fin. ff. de Condit. & demonſtr.* & ſic in eum tantùm ſenſum accipienda ſunt, quem præ ſe ferunt, vt ſcilicet exiſtentibus filijs mentecapti, non liceat patri aliquem ei ſubſtituere, qui ejus filius non ſit. Vtrum autem poſsit ſubſtituere vnum, & præterire reliquos? nihil circa hoc lex determinat, ſed id relinquit in terminis juris communis, vt ſcilicet poſsit, aut vnum, aut certos, aut omnes ſubſtituere, prout aliàs ei fuerit licitum de jure; quod ſatis indicat ille dicendi modus per indeterminationem disjunctiuæ, *vnum, vel certos, &c.* tunc autem hoc ei de jure licebit, quando reliqui fuerint exhæredati ex juſta cauſa, vel ob aliquod vitium ſucceſſionis incapaces.

Et quidem debere potiùs admitti hunc dicendi modum filijs fauorabilem, 842
quàm oppoſitum; illud vlteriùs ſuadet, quia valde alienum eſt à ratione, & humanitate priuari filios ſucceſsione parentum abſque juſta cauſa. Ergo non debet intelligi, Imperatorem conceſsiſſe, vt auus poſſet per Exemplarem priuare nepotes filios mentecapti ſucceſsione illius; cùm ipſe Imperator in eademmet lege *Humanitatis*, proteſtatus ſit, & intuitu humanitatis parentibus conceſsiſſe, vt poſſent exemplariter ſubſtituere; & præterea, quia beneficium Principis ſic interpretandum eſt, vt nemini fiat injuria, *l. Nec auus, Cod. Emancipat. liber.*

843 Atque ex his ſoluuntur facilè fundamẽta prioris ſententiæ. Ad primum patet reſponſio ex dictis. Ad ſecundum reſpondetur, illos filios præteritos poſſe conqueri de auo: nam quòd dicitur, auum non teneri inſtituere nepotes, quos pater præcedit, intelligitur in teſtamento, quo auus ſibi hæredem inſtituit, non verò in teſtamento, quo inſtituit hęredem filio, vt in præſenti. Nec obſtat text. in illo § *Sed nec impuberis*, quo probatur non teneri patrem in pupillari teſtamento inſtituere matrem pupilli. Eſt enim diuerſa ratio in eo caſu, quia magis debita eſt filijs hæreditas patris, quàm matri hæreditas filij, *l. Nam & ſi parentibus, ff. de Inoffic. teſtam. & l. Reſcripto, ff. Vnde lib.* neque tanta intercedit ratio humanitatis, & pietatis inter patrem & matrem pupilli, quanta inter auum, & nepotes, cum vxor & maritus ſint inter ſe extranei, nec in aliquo caſu teneantur ad inuicem ſe inſtituere: at verò nepotes ſunt maximè conjuncti auo, & neceſſario ab eo inſtituendi, quando pater non eſt in medio, &c.

844 Tertia dubitatio eſt, cùm *in dict. l. Humanitatis*, dicitur, oportere ſubſtitui fratres furioſi deſcendentes non habentis, de quibus fratribus id intelligatur? Reſpondetur, intelligi tam de vtrinque, quàm ex altero tantùm latere conjunctis; cùm hac tamen diſtinctione quoad conjunctos ex altero tantùm latere; quòd pater debet ſubſtituere conſanguineos, & mater vterinos. Hæc eſt communis ſententia, quam tradunt Barthol. *in dict. l. Ex facto, numer. 32. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Ripa, & alij, Bald. *tract. de Subſtitution. tit. de Exemplari, numer.* 19. Barthol. de Hueio *de Subſtitut. cap.* 3. *numer.* 17. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap. 6. numer. 6. verſ. Quod notabiliter.* Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 3. *cap. 5. numer. 7.* & alij. Probatur *ex dict. l. Humanitatis*, vbi clarè poſtulatur, vt fratres ſubſtituendi ſint filij teſtatoris, vel teſtatricis, vt apparet ex illis verbis; *Sin verò etiam liberi teſtatori, vel teſtatrici ſint, &c.* Unde cum tam in vterinis reſpectu matris, quàm in conſanguineis reſpectu patris verificetur, quòd ſunt filij teſtatoris, & teſtatricis, ſatis patet, quòd juxta illam legem non ſolùm debent ſubſtitui vtrimque conjuncti, vt malè exiſtimarunt Guilliel. de Cun. *in d. l. Ex facto*, & Polit. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num.* 21. ſed etiam quòd pater debet ſubſtituere conſanguineos, & mater vterinos.

Hinc inferes, ſi furioſus non habeat fra- 845
tres vtrimque conjunctos, ſed quoſdam conſanguineos, & alios vterinos, teneri patrem ſubſtituere vnum ex conſanguineis, & matrem vnum ex vterinis. Sic cũ Barthol. Alex. Ripa, Salic. & communi Trentacinq. *d. cap. 5. n. 8.* Si autem ſolùm extent fratres conſanguinei, non tenetur mater vllum ex eis ſubſtituere, ſed ſolus pater: & ſi ſolùm extent vterini, non tenetur pater ex illis ſubſtituere, ſed ſola mater. Sic Anton. Gom. *d. verſ. Quod notabiliter*, & cum alijs Prætis *lib. 3. de Interpret. vltim. volunt. interpr. 2. dub. 1. ſolut. 7. n. 14. verſ. Si vero ſint tantùm*, licèt contrarium teneat Ripa *in d. l. Ex facto, col. pen.* & dubitet Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 187. verſ. Idem* Anton. Gomez.

Extantibus verò fratribus vtrimque 846
conjunctis, & ſimul conſauguineis tantùm, & vterinis tantùm, maior quędam eſt difficultas, an ſit in electione patris ſubſtituere vnum ex conſanguineis, & ſimiliter in electione matris ſubſtituere vnum ex vterinis omiſsis alijs, etiam vtrimque conjunctis? Reſpondent affirmatiuè Barth. Alex. & alij *in d. l. Ex facto*, & Salic. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Fundamentum eſt, quia reſpectu patris nulla eſt differentia inter conſanguineos, & vtrimque conjunctos: & ſimiliter reſpectu matris non differunt vterini ab vtrimque conjunctis: ergo quemadmodum pater, & mater poſſet ſubſtituere vnum ex vtrimque conjunctis, prætermiſsis cæteris, vt DD. omnes videntur ſupponere, ita etiam poterit pater ſubſtituere vnum ex conſanguineis, & mater alium ex vte-

vte-

vterinis, cæteris omnibus prætermiſſis. Cæterùm, quòd in hoc caſu debeant ſubſtitui fratres vtrimque conjuncti, excluſis conſanguineis, & vterinis tantùm, tenent non improbabiliter Trentacinq. *dict. cap. 5. numer. 6.* & Molina *vbi ſupra*, coquod in ſucceſsione ab inteſtato, quando ſimul concurrunt fratres vtrimque conjuncti defuncto cum conjunctis ex altero tantùm latere, præferuntur vtrimque conjuncti, *Auth. Itaque, Cod. Communia de Succeſsion.* Vnde idem videtur dicendum in præſenti ob paritatem rationis. Ego verò à priori ſententia non recedo.

847 Quod ſi furioſo eſſent exemplariter ſubſtituti duo ejus fratres, & vnus eorum, relictis filijs moreretur, viuente adhuc ipſo furioſo, dubitatio non leuis eſt, vtrùm filij fratris defuncti concurrere debeant cum patruo ſuperſtite in ſucceſsione furioſi? Partem affirmantem videtur tenere Gama *deciſ.* 367. vbi cùm parens filiæ mentecaptæ ſubſtituiſſet duas ejus ſorores, & illis deficientibus, earum filios, eueniſſetque vt viuente adhuc mentecapta, altera illarum ſororum decederet, relictâ filiâ, contendit multis citatus Doctor, conſobrinam illam debuiſſe admitti ad ſucceſsionem mentecaptæ ex vi illius ſubſtitutionis, ſimul cum illa altera ſorore ſuperſtite ejus matertera: & pro hac parte teſtatur judicatum fuiſſe in ſupremo Senatu, quanuis aliquibus ipſorum Senatorum refragantibus. Præcipuum fundamentum ad præſens inſtitutum eſt, quod ponit idem Gama *in d. deciſ. num.* 8. quia jus commune dictat, vt in ſucceſsione bonorum diuiſibilium concurrat filius ſororis, vel fratris cum patruo, vel matertera, ſicut ipſe frater, vel ſoror concurreret, ſi viuus eſſet, vt per celebrem Gloſ. *in l. Cum ita, §. In fideicommiſſo, verb. Proximo, ff. de Leg.* 2. quam Gloſſam communiter receptam eſſe teſtatur Alex. *conſil.* 137. *lib.* 1. & Socin. jun. *conſil.* 116. *col.* 2. *lib.* 1.

848 Contrarium tamen tenendum cenſeo, cum Cephalo *conſil.* 423. *dub. vltim.* Fuſar. *de Subſtitut. q.* 189. *numer.* 16. & alijs doctis Senatoribus, quorum meminit Gama *dict. deciſ.* 367. quia neque ex propria perſona, neque per repræſentationem patris debent illi filij concurrere cum patruo: non ex propria perſona, quia non fuerunt vocati in teſtamento, ſeu ſubſtitutione furioſo factâ: imò neque vocari potuerunt ſimul cum illo patruo fratre furioſi, vt latè probat Prætis, *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dub.* 1. *ſolut.* 7. *numer.* 15. *& ſeq.* & tenet etiam Cephal. *dict. dub. vltim.* & Fuſar. *dict. quæſt.* 189. *numer.* 11. neque etiam per repræſentationem patris, quia beneficium repræſentationis conceſſum filijs fratrum ad concurrendum cum patruis in ſucceſsione patrui defuncti, ſolùm habet locum in ſucceſsione ab inteſtato, vt patet ex celebri *Auth. Poſt fratres, Cod. de Legitim. hæred.* Et quanuis probabile ſit, locum etiam habere in ſucceſsione fideicommiſſaria, juxta illam celebrem Gloſ. *in dict. §. In fideicommiſſo, verb. Proximo*: nuſquam tamen admittitur in ſucceſsione directa ex teſtamento, qualis eſt iſta de qua loquimur: alioqui ſi duos fratres tuos inſtitueres, & alter eorum te viuo moreretur, relictis filijs, hi deberent concurrere in tua hæreditate ſimul cum altero tuo fratre ſuperſtite, quod eſt inauditum, & ab omni jure alienum.

Neque ſententia Senatus Luſitani in caſu ſupra commemorato fundata eſt in eo, quòd illa conſobrina repræſentaret matrem; ſed quòd in ipſa ſubſtitutione fuerit expreſsè vocata in defectum matris, neque oportuerit ſolas ſorores mentecaptæ exemplariter ſubſtitui. Quod fundamentum noſtræ reſolutioni non officit: præterquam quòd adeo debile, & inſufficiens alijs doctis Senatoribus viſum fuit, vt judicarent concedi debere reuiſionem proceſſus, quam matertera apud Regem conqueſta poſtulabat, vt idem Gama teſtatur. Vnde etiam doctiſsimus Aluarus Valaſc. conſobrinæ patronus, quem idem Gama refert ad calcem 849

d. deciſ. 367. alio longè diuerſo fundamento eam tuebatur, dicendo illam ſubſtitutionem Exemplarem nullius fuiſſe momenti, eoquod mentecapta inſtituta non fuerit, prout ad valorem ſubſtitutionis neceſſarium erat per *d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* & ideo ſolùm eſſe agendum de ſucceſsione talis menteeapræ abinteſtato: in qua ſucceſsione conſobrina concurrit cum matertera beneficio repræſentationis, vt per *d. Auth. Poſt fratres, Cod. de Legit. hæred.*

850 Ex his colliges audiendum non eſſe Anton. Gom. dum *tom. Variar. cap. 6. ſub numer. 6.* cenſet, quòd quando nullus extiterit frater furioſi, ſed tantùm filius fratris, debet iſte filius conſobrinus furioſi ei ſubſtitui exemplariter, eoquòd in linea collaterali locum habet repræſentatio in prima perſona, ideſt in filio fratris. Hoc enim falſum eſſe, quando agitur de ſucceſsione directa ex teſtamento, vt in præſenti, ſatis conſtat ex dictis. Illud autem rectè addit idem Anton. Gom. *dict. numer. 6. fine*, quòd ſtante fratre viuo, non poſſet ſubſtitui ejus filius, vel alterius fratris.

Si tamen omiſſo fratre, qui inſtitui
851 debeat inſtitueretur aliquis alius, credo ſolam ſubſtitutionem eſſe nullam, & non totum teſtamentum, quanuis contrarium ſenſerint Prætis *d. ſolut. 7. numer. 14. fine*, Trentacinq. *de Subſtitution. p. 3 cap. 5. numer. 11.* poſt Alex. quem referunt. Moueor, quia illa ſubſtitutio eſt quid acceſſorium reſpectu teſtamenti principalis: nullo autem exiſtente acceſſorio, non tollitur principale, vt eſt notiſsimum. Præterea, quod nulliter factum eſt, perinde ſe habet, acſi factum non eſſet: ſed ſi non eſſet facta vlla ſubſtitutio, id minimè officeret teſtamento principali: ergo etiam ſi non officit, quòd nulliter facta ſit. Tandem, quia alioqui corrueret etiam teſtamentum principale, quoties ſubſtitutio Exemplaris in eo legitimè facta ex poſt facto periret, vt quando ſubſtitutus ante ipſum furioſum, vel ante teſtatorem moreretur. Quod certe eſt inauditum, & manifeſtum abſurdum. Nec obſtat quòd *in dict. l. Humanitatis*, dicitur abſolutè oportere, vt fratres ſubſtituantur, quod eſt totum fundamentum Aduerſariorum. Nam illud verbum, *Oportere*, non oportet quòd referatur ad totum teſtamentum, cùm optimè intelligatur reſpectu ſolius ſubſtitutionis, vt ſatis per ſe conſtat. Et ita credo ſentire communiter DD.

Illud tandem circa filios, & fratres 852
mentecapti notandum, non opottere eos ſubſtitui, ſi ipſi etiam ſint mentecapti vt manifeſtè colligitur ex *d. l. Humanitatis*, ibi: *Si filij, vel alij deſcendentes ſapientes ſint*, &c. & infra, *Sin verò etiam liberi teſtatori, vel teſtatrici ſint ſapientes*, &c. vbi ſatis apertè ſignificatur, quòd ſi ſapientes non ſint, nòn inducitur obligatio eos ſubſtituendi, & ita concedunt omnes teſte Polito *d. rubr. de Exemplari numer.* 20. qui tamen in alium ſenſum prædicta verba detorquet, dicens ſolita ſua libertate, ſe credere verum intellectum illius legis quoad hoc, alios DD. præterfugiſſe: expreſsè verò hanc noſtram reſolutionem, quoad filios mentecapti, tradit Fuſar. *dict. q.* 189. *num.* 13. cum Gallo *de Exception. ſuccel. tit. 4. except. 20. numer.* 85. & Capra *de Exemplari ſubſtitut. numer. 85. & ſeq.* qui tamen ſolùm eam admittit in auo, dicens ſecùs eſſe in patre. Non negant autem DD. hujus ſententiæ præſtari debere alimenta illis filijs dementibus, vt Polit. *loc. citat.* aduertit. Et quidem meritò, cùm alimenta jure naturæ filijs debeantur ex bonis patris. Neque improbabilis eſt opinio Angeli in *d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, nullam quoad hoc differentiam facientis inter filios ſapientes, & inſipientes.

Quarta dubitatio eſt, vtrùm extantibus filijs, vel fratribus mentecapti, 853
poſsit ejus parens ſubſtituere illi exemplariter aliquod monaſterium? Hæc dubitatio mihi videtur ſatis impertinens, ſi excitetur, vt ab aliquibus excitata eſt, de monaſterio, in quod teſtator in-

Digitized by Google

ingreſſus non eſt. Nam licèt monaſterium in aliquibus caſibus dicatur haberi loco filij, vt multi ſentiunt, per text. *in cap. In præſentia, de Probation. & in Auth. Siqua mulier, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* id ſolùm procedit reſpectu perſonæ, quæ ipſum monaſterium ingreſſa eſt, & in eo profeſsionem emiſit, vt nemini dubium eſt. Et ita ad propoſitam dubitationem in illo ſenſu acceptam, vera & indubitata reſolutio eſt negatiua, quam relatis alijs bene tradit Trentac. *de Subſtitut p. 3. cap. 5. num. 6.*

854 Si autem dubitatio excitetur de monaſterio, in quo pater factus eſt Religioſus, & poſt profeſsionem teſtatus eſt inter liberos, vt de jure licitum eſt juxta *d. Auth. Siqua mulier*, magna reuerà eſt dubitandi ratio; cùm talis pater in eo teſtamento poſsit ſubſtituere exemplariter, vt cum alijs reſoluimus *diſp 1. ſect. 5 §. 5 numer 241.* Vnde cùm *in d. Auth. Siqua mulier*, monaſterium habeatur tanquam vnus ex filijs ipſius teſtatoris, concludendum videtur poſſe exemplariter ſubſtitui, extantibus filijs teſtatoris fratribus mentecapti, qui filios non habeat. Nihilominus tamen contrarium eſt tenendum: tum quia probabilius eſt, nullo in caſu monaſterium haberi loco filij, vt plurimis relatis DD. reſoluit Sanch. *tom 2. in Decal. lib. 7. cap. 16 num. 4.* & Mantica *lib. 11. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 7. num. 6.* tum etiam, quia eſto monaſterium habeatur loco filij in caſibus illorum textuum, id non debet extendi ad alios caſus ibi non expreſſos, vt aduertit Sanch. *d. cap. 16. num. 5.* cùm ſit exorbitans à jure communi. Vnde non obſtat text. *in d. Auth. Siqua mulier*, nam ibi non dicitur, quòd monaſterium habetur tanquam vnus ex filijs teſtatoris, ſed ſi pater profeſſus voluerit diuidere bona ſua inter filios, ſuam perſonam eis annumeret, ad hoc vt ex ejus perſona maneat monaſterio portio æqualis ſingulis portionibus filiorum: vbi nulla ratione comprehenditur, quòd veris filijs extantibus, poſsit ſubſtituere exemplariter monaſterium, contra diſpoſitionem, *dict. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.*

Quinta dubitatio eſt, vtrum pater ſubſtituendo exemplariter filio mentecapto matrem habenti, teneatur eam ſubſtituere, ſaltem in legitima ei aliàs debitâ ex bonis filij, in qua ipſe filius teneretur eam inſtituere, ſi per ſe teſtaretur? 855 Reſpondent affirmatiuè Bald. *in dict. l. Humanitatis, numer. 32. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Ial. Aretin. *in §. Qua ratione, Inſtit. de Pupillari*, Iacob. de Arec. *in dict. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, & ibi Martin. Silim. & Hieron. Verius, & Iaſ. *numer. 43.* Anchar. *in Repet. cap. Si pater, de Teſtament. in 6.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 6. numer. 7.* Molin. Theol. *tom. 1. de Iuſt. diſput. 185. verſ. Dubium etiam eſt*, & alij apud Fuſar. *de Subſtitut. quæſt. 189. numer. 6.* inter quos adduci poſſe videtur Barthol. *in l. 2. in tertio effectu Pupillaris, numer. 31. ff. de Vulgari*, dum reſpondet ad text. *in dict. l. Humanitatis.* Præcipuum fundamentum hujus ſententiæ videtur eſſe, quia *in dict. l. Humanitatis*, præſcribitur, vt ſubſtituatur frater mentecapti deſcendentes non habentis: ergo à fortiori ſubſtituenda, & præferenda erit mater, ſaltem in legitima, quæ aliàs ei debetur, & non fratri.

856 Contraria nihilominus ſententia eſt communis, quam tenent Barthol. *in dict. l. Ex facto, numer. 30.* & ibi Alex. *numer. 43.* Ripa, *numer. 85.* & alij magis communiter, Gloſ. *in §. Qua ratione, Inſtitut. de Pupillari*, & ibi Ioann. Faber Angel. *in dict. l. Humanitatis*, & ibi Caſtr. Dec. *numer. 9.* & alij, Iaſ. ſibi contrarius *in l. 2. in 3. effectu Pupillaris, ff. de Vulgari*, & ibi Arec. Imola *in cap. Raynutius, de Teſtament.* Socin jun. *conſil. 103. numer. 39. lib. 1.* Zaſ. *de Subſtitution. cap. 3. numer. 8.* Polit. *de Subſtitution. tit. de Exemplari, numer. 19. fine*, Leon. *de Subſtitution. in materia Exemplaris, num. 98.* Prætis *de Interpret. vlt. vol. lib. 3. interpret.*

pret. 2. dubit. 1. ſolut. 7. num. 13. Trentacinq. *de Subſtit. p.3. cap. 5. ſub numer.* 12. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 189. *num.* 5. qui ſimpliciter admittunt, poſſe matrem furioſi præteriri in ſubſtitutione Exemplari: & licèt non exprimant, poſſe per hanc ſubſtitutionem excludi etiam à legitima, id tamen videntur intelligere, cùm hac in parte Exemplarem ſubſtitutionem æquiparent Pupillari, per quam matrem pupilli excludi poſſe etiam à legitima, pene indubitatum eſt, vt vidimus *ſect. præced. §. 15. num. 676. cum ſeqq.* Atque hinc ſumitur primum, & præcipuum fundamentum hujus ſententiæ: nam cùm Exemplaris ſubſtitutio inducta ſit ad exemplum, & ſimilitudinem Pupillaris, *d. l. Ex facto, ff. de Vulgari, d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* planè ſi per Pupillarem excluditur mater pupilli, etiam quoad legitimam, conſequens eſt, vt etiam excludatur per Exemplarem. Et confirmatur, quia ratio, ob quam per Pupillarem mater pupilli, etiam à legitima excluditur, eſt, quia talis ſubſtitutio eſt ſimpliciter teſtamentum patris, ſeu pars teſtamenti paterni; qui pater non tenetur quidquam relinquere vxori: eadem autem eſt ratio in ſubſtitutione Exemplari, vt patet. Secundum & vltimũ fundamentum, omiſſis alijs ſumitur *ex d. l. Humanitatis,* vbi dicitur, quòd parentibus filios mentecaptos habentibus liceat, portione legitima eis relicta, ſubſtituere eiſdem, quos voluerint, præterquam ſi ipſi mentecapti habuerint deſcendentes, vel fratres; quòd tunc non niſi ex his ſubſtituere pemittantur. Vnde cùm exceptio firmet regulam in contrarium clarè deducitur, quòd nulla eſt obligatio ſubſtituendi matrem vel vllam aliam perſonam, præter deſcendentes, vel fratres mentecapti, ſi eos habeat.

857 Nec obſtat fundamentum in contrarium adductum: quia licèt aliàs debeatur matri legitima, non verò fratribus, id non habetur in conſideratione, quando pater teſtatur & diſponit de bonis filij per Exemplarem, vel Pupillarem ſubſtitutionem; cùm id faciat nomine ſuo, nec vllam habeat obligationem relinquendi aliquid vxori. Vnde cùm Imperator non ei conjungat, vt ſuam vxorem matrem mentecapti ſubſtituat, ſed ſolùm vt ſubſtituat deſcendentes, vel fratres ipſius mentecapti, ſi extent, ad nihil aliud aſtringi debet.

Sexta dubitatio eſt, vtrũ parẽtes poſſint ſe ipſos exẽplariter ſubſtituere? Reſpon- 858
detur negatiuè ſic Barth. *in d. l. Ex facto, numer.* 33. *ff. de Vulgari,* Bald. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num,* 20. vbi dicit, ſic tenere omnes, ac nominarim Guilliel. de Cun. Jacob de Aret. Martin. Silim, & Rayner. quos refert, Barthol. de Hucio *de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 17. & cæteri communiter. Probatur primò argum. *l. fin. Cod. de Offic. præt. & l. Si præſes, ff. de Offic. præſid.* Secundò, quia vt ſubſtitutio Exemplaris vim habeat, requiritur aditio ex teſtamento principali ipſius ſubſtituentis, vt dictum eſt *ſupra, §. 5. numer.* 832. in vita autem ipſius teſtatoris, non poteſt ejus hæreditas adiri, *l. Qui ſuperſtitis, ff. de Acquir. hæred.* Tertiò denique, quia legis prouiſio, quæ permittit parentem ſubſtituere filio non intelligitur de ipſo parente, argum. *l. Si mandauero, §. Si tibi, ff. Mandati.*

Septima dubitatio eſt, vtrùm quando 859
filius, vel frater furioſi fuerit exemplariter ſubſtitutus, vt præſcribitur *in d. l. Humanitatis,* poſſit talis ſubſtitutus grauari fideicommiſſo, vel alio onere? Reſpondent negatiuè Socin. jun. *conſil.* 103. *numer.* 21. *lib.* 1. Dec. *conſil.* 371. *col.* 3. *verſ. Quartò,* Roland. à Val. *conſil.* 68. *num.* 67. *lib* 4. Cephal. *conſil.* 689. *num.* 15. Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dubit.* 1. *ſolut.* 7. *num.* 18. Emman. Coſta *in cap. Si pater,* 3. *p. verb. Pupillares, num.* 20. *de Teſtament. in* 6. Trentacinq. *de Subſtitut. p.*3. *cap.* 5. *numer.* 13. & alij, quos refer Fuſar. *de Subſtitut. q.* 194. *numer.* 1. Eſtque communis ſententia. Cujus fundamentũ eſt, quia quando lex præſcribit, vt aliquid deſignatis perſonis relinquatur, debet eis relinqui abſque vllo onere, alioqui poſſet ipſa lex

lex facilè eludi, & reddi fruſtranea, ſiquidem integrum eſſet teſtatori grauare honoratum, vt relictum ſtatim reſtitueret, vel tantundem expenderet in alterius vtilitatem, quod perinde foret, ac ſi nihil ei relinqueretur: & quodlibet etiam minus grauamen ſufficeret, vt lex ſuo integro effectu careret; ſiquidem ea pars relicti, in qua honoratus grauaretur, alteri potiùs cenſeretur relicta: & ſic lex ex ea parte maneret eluſa: quod non eſt admittendum. Hac enim de cauſa, cùm legitima ex legis præſcripto debeat filijs relinqui, abſque vllo grauamine relinquenda eſt, *l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inofficioſ. teſtament.* Hinc etiam, cùm *per l. Fæminæ, cum Auth. ſeq. Cod. de Secund. nupt.* mulier tranſiens ad ſecundas nuptias omne lucrũ à primo viro prouenien̄s teneatur relinquere filijs primi matrimonij, intelligitur debere illud relinquere abſque onere, vt notat Trentacinq. *d. num.* 13. *verſ. Tertio*, quia alioqui non dicerentur ea bona filijs reſeruata, prout *in d. l. Fæminæ*, poſtulatur.

860 Intelligitur verò prædicta reſolutio, primò, niſi grauamen imponeretur in fauorem alicujus, qui juxta ipſam legem ſubſtitui poterat. Nam ſi mentecaptus habeat plures fratres, qui omnes poſsint ei ſubſtitui, juxta *d. l. Humanitatis*, nihil vetat quominus quilibet eorum poſsit ſubſtitui cum onere, vt reſtituat alteri hæreditatem, cùm ſiue is, ſiue ille, ſiue vterque eam hæreditatem capiat, contra legem non ſit, & ita docet Socin. jun. *d. conſil.* 103. *ſub num.* 24. & ex eo Trentacinq. *d. cap.* 5. *fine.*

861 Intelligitur ſecundò, vt procedat, quãdo teſtator filium mentecaptum inſtituit in ſola legitima ei debita; nam ſi vltra legitimam aliquid ei reliquit, nihil obſtat quominus poſsit ejus hæredem grauare, vt tale relictum reſtituat. Sic Emman. à Coſta vbi *ſupra, verſ. Mihi autem*, & Menoch. *conſil.* 351. *num.* 54 *& de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 49. *num.* 14. vbi etiam pro hac parte refert Hieron. Verium.

862 Intelligitur tertiò & vltimò, vt procedat quando teſtator ſolùm voluit ſubſtituere exemplariter. Nam ſi ſubſtituit impuberi furioſo, quem habebat in poteſtate, & vſus eſt verbis continentibus etiam Pupillarem Expreſſam ſaltem in generali, juxta doctrinam ſupra traditam *§.* 1. *num.* 767. proculdubio in tali caſu valeret onus injunctum ſubſtituto, virtute ipſius Pupillaris, cùm per hanc non aſtringuatur teſtator relinquere hæreditatem filij alicui certæ perſonæ, vt eſt notiſsimum; & ſic hanc limitationem approbat Prætis *loco cit.*

Octaua & vltima dubitatio ſit, vtrùm deficientibus liberis, & fratribus mentecapti, poſsint ejus parentes ei ſubſtituere exemplariter quaſcumque alias perſonas, eaſque grauare fideicommiſſo, vel alio onere? Reſpondetur affirmatiuè; nam quòd poſsint ſubſtituere, quas perſonas voluerint, conſtat per text. expreſſum *in d. l. Humanitatis*, ibi: *Liceat ijſdem parentibus, legitima portione ei, vel eis* (ſcilicet filijs, vel filio mentecapto) *relicta, quos voluerint his ſubſtituere*, & ita docent Barthol. *in d. l. Ex facto, num.* 30. Zaſ. *tract. de Subſtitut. cap.* 3. *numer.* 7. Leon. *tract. de Subſtitution. in materia Exemplaris, num.* 80. Prætis *d. ſolut.* 7. *numer.* 14. & cæteri omnes. Deinde, quòd etiam poſsint tales perſonas grauare fideicommiſſo, & alijs oneribus ſupponunt ferè omnes DD. in ſuperiori dubitatione allegati, & patet tum argum. text. *in l. Si fundum ſub conditione*, 83. *§. fin. ff. de Leg.* 1. vbi valet legatum relictum à pupillariter ſubſtituto. Tum ea ratione, quia cùm teſtatori liceat ſubſtituere quoſcumque voluerit, nihil vetat quominus poſsit relinquere vni cum onere, vt reſtituat alteri, nam in tantùm quis poteſt grauari à teſtatore, in quantum liberè honoratur. 863

(:)

§. 7. *Quos effectus habeat Exemplaris ſubſtitutio?*

SUMMARIUM.

Primus effectus Exemplaris ſubſtitutionis eſt, vt ex illa capiat ſubſtitutus omnia bona mentecapti. Quod intelligitur, niſi ſubſtitutio eſſet facta mentecapto arrogato, num. 864.

Secundus effectus eſt, quòd Exemplaris expreſſa inducit Tacitam Vulgarem, quod tamen variè limitatur, num. 865.

Tertius effectus eſt, quòd inducit etiam Pupillarem Tacitam. Id verò ſine controverſia non tranſit, num. 866. *& ſeq.*

Quartus effectus eſt, quòd per Expreſſam Exemplarem excluditur mater mentecapti, etiam à legitima ei aliàs debitâ, num. 868.

Per Exemplarem Tacitam comprehenſam in Expreſſa Vulgari non excluditur mater mentecapti, neque alij aſcendentes ab illius ſucceſſione, præterquam in aliquibus caſibus, num. 869. *Secus dicendum de Tacita Exemplari comprehenſa in Expreſſa Pupillari, numer.* 870.

864 Effectus Exemplaris ſubſtitutionis facilè ex dictis circa effectus Pupillaris intelligentur; & ideo quàm breuiſsimè nos ab illis expediemus. Primus itaque, & præcipuus hujus ſubſtitutionis effectus eſt, quòd ex illa capiat ſubſtitutus omnia mentecapti bona, ſicut pupillariter ſubſtitutus capit omnia bona pupilli, juxta text. *in l. Sed ſi plures, §. Ad ſubſtitutos, ff. de Vulgari*: qua de re latè dictum eſt *ſect. præced. §.* 11. *& ſeqq.* & ita in ſpecie docent Barthol. *in l. Ex facto, numer.* 34. *ff. de Vulgari*, & ibi DD. Bald. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num.* 21. Petr. de Anchar. *conſil.* 8. *in princip.* Leon. *de Subſtitut. in materia Exemplaris, num.* 91. & alij communiter. Eadem namque quoad hoc eſt ratio in Exemplari, atque in Pupillari. Vnde addunt benè citati DD. id debere intelligi, niſi ſubſtitutio eſſet facta arrogato, quia tunc ſolùm trahetur ad bona, quæ furioſus habuit ab arrogatore, ſicut in Pupillari dicitur per text. *in l. Si arrogator, ff. ff. de Adoption. & in d. l. Sed ſi plures, §. In arrogato. ff. de Vulgari.*

Secundus effectus eſt, quòd Exemplaris Expreſſa continet, ſeu inducit Tacitam Vulgarem, vt notant Barthol. *ſup.* 865
& DD. communiter *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, Odd. *in Prælud. de Compend. p.* 4. *q.* 1. *num.* 1. Leon. *de Subſtit. in materia Exemplaris, num.* 93. Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 8. Bald. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, ſub num.* 20. *verſ. Quintò principaliter*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 16. *num.* 18. Menoch. plures referens *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 44. *num.* 1. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 173. & cæteri communiter, argum. text. *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, vbi ſub Expreſſa Pupillari (cui Exemplaris æquiparatur) contineri dicitur Tacita Vulgaris. Unde addit meritò Fuſar. *ſupra*, hanc reſolutionem limitari in omnibus caſibus, in quibus Vulgaris non continetur in Pupillari: quos caſus latè commemorauimus, *ſect.* 2. *hujus diſp. §.* 2. *à num.* 51.

Tertius effectus eſt, quod Expreſſa 866
Exemplaris inducit Pupillarem Tacitam. Hic effectus non eſt tam conſtans, ſicut præcedens. Illum namque impugnat Leon. *vbi ſupra, num.* 95. quod nulla illius videatur eſſe neceſsitas. Nam vel impubes furioſus, cui Exemplaris facta eſt, deceſsit non adita hereditate; & tunc habet locum Tacita Vulgaris ſub illa Exemplari comprehenſa: vel deceſsit, adita hæreditate, antequam eſſet pubes, quo tantùm tempore locum poſſet habere Pupillaris; & tunc non oportet ad illam recurrere, quaſi tacitè in dicta Exemplari pro tali caſu contentam; ſiquidem pro tali etiam tempore & caſu, habet locum ipſa Exemplaris Expreſſa; qua ſtante, non eſt

re-

recurrendum ad aliam ſpeciem ſubſtitutionis tacitæ, cùm expreſſum faciat ceſſare tacitum, & prouiſio hominis prouiſionem legis, *l. Maritus, Cod. de Procurat. l.* 1. *Cod. de Pact. conuent. cum ſimilibus.*

867 Nihilominus tamen hunc tertium effectum meritò admittunt Bald. *in d. l. Humanitatis, num* 64. *Cod, de Impub. & alijs ſubſtit.* Cephal. alios referens *conſil.* 423. *num.* 104. Polit *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num.* 12. Mantica *d. tit.* 16. *ſub nnmer.* 18. Menoch plures referens (quamuis malè) *d præſumpt.* 44 *num.* 2. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 174. cum alijs, quos refert. Ratio eſt, quia facta Exemplari ſubſtitutione impuberi furioſo, poteſt euenire, vt talis impubes reddatur ſanæ mentis, antequam ad pubertatem perueniat; in quo caſu ceſſat ipſa Exemplaris, *d. l. Humanitatis, & §. Qua ratione, Inſtitut. de Pupil.* & ſolum poteſt habere locum Pupillaris ſi ille ſui jam compos ante pubertatem decedat. Atque pro tali caſu rectè intelligitur teſtatoris voluntas fuiſſe, vt ſubſtitutus admitteretur ad ejus ſucceſsionem ex Pupillari: nam ſi facta Pupillari Expreſſa, rectè intelligimus, teſtatorem voluiſſe vt ſubſtitutus ſuccederet ex Vulgari, vel Exemplari, ſi eueniret caſus, in quo ſolùm ex his, non verò ex illa ſuccedi poſſet: cur non etiam intelligemus eum voluiſſe, vt exemplariter à ſe ſubſtitutus admitteretur ex Pupillari, euenìente caſu, quo hæc tantùm ſtare poſſet? Ex quo fundamento excluſum etiam manet, quòd Leonius in contrarium adduxit; cùm demus caſum, in quo neceſſe eſt recurrere ad Tacitam Pupillarem in Expreſſa Exemplari contentam. Neque admittendum eſt, quod Couar. *in cap. Raynutius, §. 6. num* 4. *in fine, de Teſtam.* cum Alexandro, abſque alio fundamento dicit, ſcilicet, nullius effectus fore Exemplarem factam impuberi furioſo, ſi is mente jam ſana ante pubertatem decedat. Contrarium enim conſtat ex noſtro fundamento, & traditur in ſpecie à Polito citat.

Quartus effectus eſt, quòd per Exemplarem Expreſſam excludit ſubſtitutus matrem mentecapti ab illius ſucceſsione. 868
Hunc effectum agnoſcunt communiter DD. Iaſ. *in l.* 2. *num.* 32. *ff. de Vulgari,* vbi teſtatur de communi, Dec. *in d. l. Humanitatis, num.* 9. Leon. *de Subſtitut. in materia Exemplaris, num.* 97. Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 8. Menchaca *de Succeſſ. progreſ. lib.* 2. *§.* 11. *numer.* 28. Prætis, *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 2. *dubit.* 1. *ſolut.* 7. *numer.* 13. dicens eſſe communem opinionem, Odd. *in Prælud. de Compend. p.* 4. *q.* 9. *numer.* 3. Couar. *in d. cap. Raynutius, §.* 6. *numer.* 6. & cum alijs Fuſar *de Subſtitut. q.* 197. *num.* 1. *&* 4. Fundamentum eſt quia Exemplaris fuit introducta ad ſimilitudinem Pupillaris: vnde cùm per Pupillarem, ſi Expreſſa ſit, mater pupilli excludatur, vt DD. pro comperto habent, & oſtenſum eſt *ſect. præced. §.* 15. idem cum proportione dicendum eſt in Exemplari. Eſtque hoc intelligendum, etiam quoad legitimam matri aliàs debitam, vt notant Iaſ. *in d. l.* 2. *num.* 31. dicens eſſe communem opinionem Menchaca *loco citat.* & Fuſar. *d. q.* 197. *num.* 2. cùm Pupillaris ad legitimam etiam matri denegandam extendatur, vt vidimus *d. §.* 15. *num.* 676. *cum ſeq.* quod pari ratione procedere in Exemplari ſatis oſtendimus *§. præced. num.* 856. Ampliatur prætereà dicta reſolutio, vt locum etiam habeat in Exemplari comprehenſa in Compendioſa, cùm ſit Expreſſa verbis generalibus; quòd in Pupillari ſufficit ad matris excluſionem, vt eſt communis DD. ſententia. Ita Grat. *conſil.* 134. *numer.* 42. *lib.* 1. Mantica *d. tit.* 16. *num.* 22. Menoch. *de Præſumpt. lib* 4. *præſumpt.* 46. *numer* 2. & cum alijs Fuſar. *dict. quæſtion.* 197. *numer.* 4.

Secus dicendum in Tacita Exemplari comprehenſa in Expreſſa Vulgari. Vt 869
enim per Pupillarem Tacitam in dicta Vulgari contentam, non excluditur mater pupilli, neque alij aſcendentes præterquam in aliquibus caſibus à nobis commemoratis *ſect. præced. §.* 16. ita pariter di-

dicendum eſt in dicta Exemplari Tacita, juxta communem ſententiam, quam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 35. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 47. Iaſ. *numer.* 43. & Ripa *num.* 85. Bald. *de Subſtitut. rubr. de Exemplari, num.* 21. Barthol. de Hucio, *de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 18. Zaſ. *tract. etiam de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 8 Mantica *d. tit.* 16. *num.* 21. Menoch. *d. præſumpt.* 46. *num.* 1. Fuſar. plures referens *d. q.* 197. *num.* 4. & cęteri communiter, licèt contrarium teneat Leon. *vbi ſupra, num.* 99. qui cùm ſentiat matrem excludi per Pupillarem, tam Expreſſam, quàm Tacitam, idem conſequenter tenet in Exemplari: & idem tenere debent omnes alij, qui in Pupillari Tacita hunc effectum agnoſcunt, quos retulimus, & confutauimus *d* §. 16.

870 Si autem loquamur de Tacita Exemplari comprehenſa in Expreſſa Pupillari, prout eam admiſimus *ſupra, num.* 867. fatendum omnino erit, quòd etiam per illam excluditur mater menteapti, ſicut excluditur per ipſam Expreſſam Pupillarem, in qua comprehenditur: nam ſi teſtator voluit vt ſubſtitutus admitteretur per Pupillarem contra matrem, eadem prorſus eſt ratio vt intelligamus, voluiſſe etiam eum admitti per Exemplarem contra eandem matrem, cùm vtrobique agatur de ſucceſsione in bonis filij, cui aliàs ſuccedere debebat mater.

§. 8. *Quando Exemplaris ſubſtitutio expiret?*

SVMMARIVM.

Exemplaris ſubſtitutio finitur ex eiſdem cauſis, & defectibus ex quibus finitur Pupillaris: excepto quòd Pupillaris expirat pubertate inſtituti, non ita verò Exemplaris: item quòd Pupillaris finitur exeunte pupillo à poteſtate patris ſubſtituentis, nec ad eam redeunte, ſecus verò Exemplaris, num. 871.

Exemplaris ceſſat, ceſſante furore, vel alio morbo, ratione cujus facta eſt, ibid.

Vtrum redeunte furore, qui jam ceſſauerat, reconualeſcat Exemplaris ſubſtitutio priùs facta? Prima ſententia, & communis ſimpliciter affirmat, numer. 872. *Secunda ſimpliciter negat, num.* 873. *& ſeq. Tertia diſtinguit, negando conualeſcere ſubſtitutionem, ſi furor poſt longum tempus redijt: ſecus verò ſi breui reuerſus eſt, & interim non fecit furioſus teſtamentum, num.* 875. *& ſeq. Hæc tertia ſententia præfertur, & magis declaratur, numer.* 877.

Si furor ceſſauit, & redijt viuente teſtatore, qui cum eodem teſtamento deceſſit, relicto filio inſaniente, ſubſtitutio conualuit, etiamſi furor poſt longum tempus redijſſet. Et quid ſi furor ceſſauit viuente teſtatore, & redijt poſt ejus mortem, num. 878.

Exemplaris ſubſtitutio extinguitur, ſi inſtituto naſcantur filij legitimi. Vtrum etiam extinguatur natiuitate filiorum naturalium? Affirmat Barth. ſi ſubſtitutio eſt facta furioſo, ſecus verò ſi muto, vel prodigo, num. 879. *& ſeqq. Alij verò etiam ſubſtitutionem factam mentecapto negant extingui natiuitate filiorum naturalium, & hæc ſententia præfertur, num.* 882. *& ſeq. Limitatur autem niſi eſſet ſubſtituta perſona veroſimiliter minùs dilecta, quam filius naturalis inſtituti. Item niſi filius naturalis eſſet talis, cui deberetur ſucceſsio in bonis parentis mentecapti, num.* 884.

Ad hanc quæſtionem vniuerſim loquendo reſpondetur, Exemplarem finiri ex eiſdem fere cauſis, & defectibus, ex quibus Pupillaris extinguitur. 871 Ita Barthol. *in d. l. Ex facto, num.* 39. *ff. de Vulgari,* Bald. *de Subſtitut. tit. de Exemplari, num.* 35. Barthol. de Hucio *de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 20. Zaſ. *de Subſ-*

Subſtitut. cap. 3. *num.* 9. Leon. *de Subſtitut. in materia Exemplaris, numer.* 15. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 3. *cap.* 6. *in princip.* & cęteri communiter. Vnde ferè omnia, quæ ſuperiori *ſect.* circa Pupillaris extinctionem diximus, huc cum proportione applicanda ſunt: vtrobique namque eadem militant jura, & rationes, vt conſideranti patebit. Dixi, ferè omnia, propter vnum vel alterum, quod neceſſario excipiendum eſt. Nam Pupillaris extinguitur aduentu pubertatis, exemplaris autem minimè, vt eſt notiſsimum, per text. *in §. Qua ratione, Inſtit. de Pupillari*, ibi: *Et ſi puberes ſint.* Item Pupillaris finitur, exeunte pupillo è poteſtate patris ſubſtituentis, nec ad eam redeunte. Exemplaris autem ex tali cauſa non finitur, cùm ad eam nihil referat, quòd inſtitutus ſit, aut non ſit in poteſtate ſubſtituentis, vt tenent omnes per text. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & al. ſubſtitut.* vbi etiam matri permittitur ſubſtituere filio exemplariter, cum illum in poteſtate non habeat. His vero exceptis, nulla alia occurrit cauſa, ex qua Pupillaris, non vero Exemplaris extinguenda ſit. Vltra prædictas tamen cauſas, quæ Pupillari, & Exemplari communes ſunt, illa propriè conuenit Exemplari, vt eam ceſſare faciat, ſi ceſſet furor, vel alius morbus, ratione cujus ipſa ſubſtitutio facta eſt, vt expreſſè habetur *in d. l. Humanitatis, & in d. §. Qua ratione.*

Eſt autem grauis dubitatio, Vtrum re-
872 deunte furore, qui jam ceſſauerat, reconualeſcat ſubſtitutio? In qua quæſtione tres ſunt principales ſententiæ. Prima ſimpliciter affirmat, quam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 40. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 47. & Alciat. vbi etiam illam dicunt communem. Iaſ. *num.* 49. & Ripa *num.* 101. tenent etiam Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius, in materia Exemplaris, num.* 47. Anton Gom. plures referens *tom.* 1. *Variar. cap.* 6. *num.* 11. & multi alij apud Trentacinq *de Subſtitut. p.* 3. *cap.* 6. *num.* 1. vbi teſtatur hanc eſſe communem, & receptam ſcribentium ſententiam. Probatur primò, per text. *in d. l. Humanitatis*, quatenus ibi dicitur, quod ſi mentecaptus reſipuerit, ceſſat ſubſtitutio: vbi notatur, non dici, quod ſubſtitutio extinguitur, ſed quòd ceſſat, inter quæ verba eſt differentia, *l. Inter ſtipulantem, §. Sacram*, & ibi Gloſ. *verb. Ceſſaturam, ff. de Verbor. obligat.* ergo ceſſante furore, non extinguitur ſubſtitutio, ſed ceſſat, & ſuſpenditur; & conſequenter reuerſo furore, vires reſumit. Probatur ſecundo argumento, *l. Cum alijs, Cod. de Curat. furioſi*, vbi officium curatoris dati furioſo habenti lucida interualla non extinguitur, ſed tantum ſuſpenditur, ſeu impeditur ejus exercitium, tempore quo furor ceſſat. Intelligitur autem hæc ſententia, niſi furioſus medio illo tépore, quo lucidum interuallum durauit, feciſſet teſtamentum validum: tunc enim fatetur Barth. *ſupra, num.* 41. & cæteri DD. citati, tabulas exemplares prorſus extingui, & firmum manere teſtamentũ furioſi: quod ſatis conſtat per text. *in d. l. Humanitatis.*

Secunda ſententia negat ſimpliciter, 873
ſubſtitutionem conualeſcere. Hanc tenent Decius *in d l. Humanitatis, num.* 10. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Curt jun. & Coraſ. Polit. *de Subſtit. tit. de Exemplari, prope fin.* & alij. Probatur quia *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, dicitur deſinere valere teſtamentum factum furioſo ſi ille reſipuerit; & *in d. §. Qua ratione, Inſtit. de Pupil.* dicitur, Exemplarem infirmari per reſipiſcentiam furioſi, ſicut Pupillaris infirmatur, vbi pupillus adoleuerit, ſeu ad pubertatem peruenerit. Qui textus plane ſignificant, Exemplarem ſimpliciter extingui, vbi furor ceſſauerit: atqui quod ſemel extinctum eſt amplius non reuiuiſcit, *l. Qui res, §. Aream, ff. de Solut.* ergo Exemplaris minimè in caſu propoſito reuiuiſcit.

Contra quod nihil reuera facit quod 874
Imperator *in d. l. Humanitatis*, non dixit, ſubſtitutionem extingui per dictam reſipiſcentiam, ſed ceſſare. Nam licèt aliàs hæc verba diuerſum habeant ſenſum, certè in præſenti nihil aliud voluit Imperator

raior ſignificare, quàm illud ipſum, quod *in d. l. Ex facto, & in d. §. Qua ratione*, habetur, ſcilicet ſubſtitutionem deſinere valere, & infirmari, ſicut Pupillaris aduentu pubertatis infirmatur. Vnde planè corruit primum fundamentum ſuperioris ſententiæ. Neque etiam obſtat ſecundum; quia reſpondetur, eſſe diuerſam rationem in illo curatore; nam cùm fuerit datus habenti lucida interualla, ſtatim à principio fuit ei commiſſa cura furioſi in omnia tempora, quibus ille fureret: & ideo non debuit extingui, neque intermitti illud officium, niſi tantùm quoad exercitium, quando furioſus haberet lucida interualla vt ſatis per ſe liquet. At verò ſubſtitutio Exemplaris fuit facta furioſo ſimpliciter, & non oportet nec debet intelligi, quòd fuerit facta pro vllis diſtinctis temporibus, quibus ille per interualla furore corriperetur: tum quia furor ſuâpte naturâ eſt, & ſupponitur perpetuus: tum maximè quia habenti lucida interualla non poteſt ſubſtitui exemplariter, vt diximus §. 4. *num.* 780. & eſt communis ſententia, cùm is per ſe poſſit teſtari, quando eſt ſui compos; & ſi tunc non teſtetur, ſibi debeat imputare.

875 Tertia ſententia eſt media inter duas ſuperiores, eaſque fœdere diſtinctionis inter ſe conciliat: diſtinguit enim duos caſus, alterum, quo furor paulo poſt reſipiſcentiam redijt: alterum, quo longo poſt tempore reuerſus eſt: & in primo caſu dicit, ſubſtitutionem conualeſcere; ſecus autem in ſecundo. Hanc tenent Bald. *in d. l. Humanitatis, in fine*, Angel. *in d. §. Qua ratione*, Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 3. *num.* 10 Couar. *in cap. Raynutius, §.* 6. *fine, de Teſtament.* Mantica *de Conject. vltim. volunt. tit.* 16. *num.* 26. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 50. *num.* 6. *cum ſeqq. vſque ad* 16. & alij infra citandi. Secunda pars hujus opinionis conſtat ſatis ex fundamento pro ſecunda ſententia adducto. Et præterea confirmatur hac ratione, quia vel furioſus, cui per longum tempus furor ceſſauit, teſtamentum eo tempore fecit, vel non: ſi teſtatus eſt, omnes fatentur Exemplarem extingui, & ſuſtineri illius teſtamentum, ne quod in fauorem introductum eſt, in odium retorqueatur, contra *l. Quod fauore, Cod. de Legib.* Si autem teſtamentum non fecit, vel conſultò & datâ operâ noluit teſtari, & tunc cenſetur tacitè vocaſſe ſuccedentes ab inteſtato, *l. Conficiuntur, in princip. ff. de Iure codicil.* quę tacita voluntas Exemplarem ſubſtitutionem excludit, ſicut excluderet Expreſſa; cùm taciti & expreſſi ſit eadem ſit virtus, *l. Cum quid, ff. Si cert. pet.* vel per negligentiam teſtatus non eſt, & tunc ſibi debet imputare, quòd manſerit inteſtatus.

Prior verò pars, in qua hæc ſententia concordat cum prima, ſuadetur hac ratione; quia furor, qui breui reuertitur, non cenſetur ceſſare, argum. *l. Quidquid, in fine, ff. de Regul. jur.* vbi mulier non dicitur diuertiſſe, ſi ſtatim ad virum redijt, & argum. *l. Plerique, ff. de Ritu nupt.* vbi cùm eadem mulier ad virum reuertitur, idem matrimonium cenſetur, ſi intra breue tempus reconciliati ſunt. Vnde taliter furioſi cenſeri poſſunt, ſicut ij, qui dicuntur inumbratæ quietis, *l Quod meo, ff de Acquir. hæredit.* ergo cùm furor in tali caſu non cenſeatur fuiſſe ſimpliciter extinctus, nec revera morbus extinctus fuerit (alioqui non tam cito repullulaſſet) cenſeri etiam non debet extincta fuiſſe ſubſtitutio propter illum facta, ſed ad ſummum fuiſſe interim ſuſpenſa, & impedita, dum lucidum interuallum durauit, niſi fortè tunc temporis furioſus feciſſet teſtamentum; nam ſi illud fecit, ſuſtinendum eſt, ſi aliàs fuit legitimum, & conſequenter extincta manſit ſubſtitutio, vt omnes fatentur, & conſtat ex dictis. 876

Hæc tertia ſententia mihi videtur probabilior quoad vtramque partem; quam etiam reipſa tenet Salic. *in d. l. Humanitatis, num.* 5. quatenus dicit, ſi cõſtet, vitium fuiſſe prorſus extinctum, & poſtea ex noua cauſa renatum, ſubſtitutionem ſemel extinctam non conualeſcere; ſed ſi cõſtaret, prorſus non extinctum, ſubſtitutionem permanere: in dubio autem præſumi, non fuiſſe vitium prorſus extinctum, ſed ſemper reliquias aliquas hujus 877

hujus morbi, quamuis occultè, permanſiſſe. Idem tenet Trentacinq. *dict. cap. 6. ſub numer.* 1. *verſ. Hæc reſponſio, ad finem, verſ. Opinio tamen*, vbi addit opinionem Bartholi, & communem defendi poſſe, quando non conſtat quod vitium dementiæ fuerit prorſus extinctum; in dubio autem id præſumendum non eſſe; cùm furor ſit morbus ſuâpte naturâ perpetuus, & ſic nunquam cenſeatur perfectè abolitus, vt per Gloſ. *in cap. fin. de Succeſsion. ab inteſtato*, & Abb. *in cap. Cum inter Canonicos, numer.* 7. *in fine, de Elect.* ſed hoc non placet. Nam ſi furor ex longo interuallo redierit, præſumi potiùs debet fuiſſe plenè extinctum, & ex noua cauſa poſtea rediſſe, vt bene aduertunt Mantica *dict. numer.* 26. & Menoch. *dict. numer.* 16. & conſequenter in tali caſu ſubſtitutio non conualeſcet, vt per ſupradicta.

Hoc tamen intelligendum eſt, quan-
878 do furor ceſſauit, & redijt poſt mortem teſtatoris: nam ſi ceſſauit, & reuerſus eſt viuente teſtatore, qui deceſsit cum eodem teſtamento, relicto filio inſaniente, omnino tenendum videtur, ſubſtitutionem conualuiſſe furore etiam poſt longum interuallum redeunte; vt tenent Guilliel. de Cun. & Raynerius apud Barth. *in d. l. Ex facto, numer.* 40. quod etiam admittit Leon. *de Subſtitut. in materia Exemplaris, numer.* 118. & Menoch. *d. præſumpt.* 50. *numer.* 3. & 4. Ratio eſt, quia teſtamentum, & ipſa ſubſtitutio, quandiu teſtator viuit, non eſt perfecta, ſed ſemper quodammodo in fieri, donec per mortem teſtatoris confirmetur, cùm quælibet vltima voluntas ſit deambulatoria vſque ad mortem: & ideo cùm teſtator non mutauerit teſtamentum, & furor jam rediſſet, quando ille moritur, rectè intelligitur eum voluiſſe cum tali teſtamento decedere, & quòd ſubſtitutio valeret, perinde acſi denuo illam feciſſet: vnde etiam quando furor ceſſauit, viuo teſtatore, & redijt poſt ejus mortem, docet Menoch. *ſupra, numer.* 18 ſubſtitutionem permanere, ſi non appareat teſtatorem mutaſſe teſtamentum; quòd tunc intelligatur voluiſſe, vt ſubſtitutio duraret, & locum haberet; quaſi ſuſpicatus ſit, filium non omnino eo morbo liberatum. Quare ſi paulo poſt mortem ipſius teſtatoris furor redierit, ſtabit ſubſtitutio: ſecùs autem ſi redierit ex longo interuallo, vt idem Menochius rectè pro iſto caſu aduertit, per ſupradicta. Quod autem interuallum cenſendum ſit longum, vel breue, judicis arbitrio relinquitur, vt tradit idem Menoch. *d. præſumpt.* 50. *numer.* 17. poſt Couar. *d. §.* 6. *in fine.*

Dubitari etiam hic ſolet, vtrum 879
Exemplaris ſubſtitutio extinguatur natiuitate filiorum naturalium ipſius mentecapti? Licèt enim *in dict. l. Ex facto*, expreſsè habeatur hanc ſubſtitutionem finiri, ſi mentecapto naſcantur filij: attamen ille textus loquitur tantùm de filijs legitimis; quia ſolùm dicit, hanc ſubſtitutionem rumpi agnatione Sui hæredis: ſecus autem ſi hæres non eſt filius naturalis, niſi ſit legitimus. Et ideo dubiæ quæſtionis eſt, an etiam natiuitate filiorum naturalium non legitimorum dicta ſubſtitutio rumpatur? In hac igitur dubitatione Barthol. *in dict. l. Ex facto, numer.* 4. diſtinguit inter ſubſtitutionem factam mentecapto, & factam muto, vel prodigo: ſi eſt facta mentecapto dicit extingui natiuitate filiorum naturalium: ſecùs autem ſi muto, vel prodigo.

Fundamentum prioris partis eſt, 880
quia *in dict. l. Humanitatis*, dicitur abſolutè, ſubſtituendos eſſe filios mentecapti, ſi eos habeat; vnde conſequenter vult Imperator, vt ſi filij poſtea naſcantur mentecapto, rumpatur ſubſtitutio, qua aliquis alius ei ſubſtitutus eſt: hoc autem debet intelligi de filijs naturalibus: nam quando lex, aut homo loquitur de filijs mentecapti, intelligi debet de his, quos habere poteſt: mentecaptus autem ſolùm poteſt habere filios naturales non legitimos, cùm non ſit capax contrahendi matrimonium, ex quo filij legitimi naſcuntur. Quod ſi opponas, in contrarium ſtare *d. l. Ex facto*, vbi dicitur rumpi Exemplarem ſi

mentecapto naſcatur hæres Suus. Reſpondet Barthol. in ea lege reddi duas rationes illius dicti; quarum ſecunda eſt, quia quando Imperator dedit parenti facultatem ſubſtituendi, quem vellet, filio mentecapto, non eſſe veroſimile eum cogitaſſe de filijs ipſi mentecapto naſcituris. Quæ ratio etiam filijs naturalibus conuenit. Confirmatur præterea hæc ſententia per text. *in l. Hæredibus*, *§. fin. ff. Ad Trebel.* vbi habetur, quod filij naturales furioſi faciunt deficere conditionem fideicommiſsi, *Si ſine liberis deceſſerit*. Cujus ea eſt ratio ſecundùm Barthol. quia vbi fit mentio de filijs furioſi, intelligitur de naturalibus, cùm legitimos habere non poſsit, & ita hanc partem tenent etiam Alex. *in dict. l, Ex facto*, *ſub numer.* 48. & ibi Iaſ. *ſub numer.* 49. Angel. *in dict. l. Humanitatis*, & ibi Coraſ. *numer.* 19. & Bald. *tract. de Subſtitution. tit. de Exemplari*, *numer.* 28.

881 Alia pars quòd ſubſtitutio facta muto, vel prodigo non extinguatur natiuitate filiorum naturalium illegitimorum, probatur argum. text. *in l. Generaliter*, *§. Cum autem*, *Cod. de Inſtitut. & ſubſtitut.* vbi ſubſtitutio facta filijs per fideicommiſſum intelligitur, ſi ipſi ſine liberis legitimis decedant, ita quod ſoli liberi legitimi ſubſtitutum excludant, non verò filij naturales, (niſi fortè in quodam caſu, de quo Gloſ. ibidem *verſ. Sobole*) qui textus, cùm procedat in ſubſtitutione facta filio capaci habendi filios legitimos locum planè habet in muto, & prodigo; cùm hi capaces ſint contrahendi matrimonium, & conſequenter procreandi legitimam ſobolem.

882 Aliorum verò ſententia eſt, etiam ſubſtitutionem factam mentecapto non extingui natiuitate filiorum naturalium. Hanc tenent, Imola *in dict. l. Ex facto*, & ibi Cuman. Ripa, & Hieron. Verius, idem Imola *in cap. Raynutius*, *in materia Exemplaris*, *de Teſtament* Polit. *tract. de Subſtitut. tit. de Exemplari*, *in fine*, vbi dicit hanc eſſe communem, Zaſ. *de Subſtitution. cap.* 3. *in fine*, Leon. *de Subſtitution. in materia Exemplaris*, *numer.* 123. Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. *§.* 27. *numer.* 82. dicens eſſe receptiorem ſententiam, & Trentacinq. alios etiam referens *tract. de Subſtitution. p.* 3. *cap.* 6. *ad fin.* Quæ ſententia mihi etiam videtur verior, per *dict. l. Generaliter*, *in dict. §. Cum autem*, ſimulque ex alijs fundamentis, quibus *ſupra*, *§.* 6. *numer.* 828. defendimus, non oportere ſubſtitui exemplariter filios naturales mentecapti, ſed tantùm legitimos.

Neque obſtat fundamentum in 883
contrarium adductum, cùm clarum ſit, etiam mentecaptis poſſe naſci filios legitimos (ſi nimirum antequam in amentiam inciderent, matrimonio copulati eſſent) idque habitum fuiſſe in conſideratione legiſlatoribus, vt patet ex *dict. l. Ex facto* dum ſtatuit, Exemplarem extingui ſi mentecapto naſcatur hęres Suus. Vnde miror Bartholum moueri potuiſſe ad contrariam ſententiam tuendam tam debili, imò tam apertè falſo fundamento. Ad confirmationem ex text. *in dict. l. Hæredibus*, *§. fin.* reſpondetur, cum textum procedere, quando liberi ſunt expreſsè poſiti in conditione, in quo caſu non negamus debere conditionem intelligi etiam de filijs naturalibus: nos autem loquimur quando filius ſubintelligitur poſitus in conditione legali, ſeu per legem ſubintellecta, & in tali caſu negamus conditionem intelligi de filijs naturalibus: conſtat enim quòd tunc legitimè tantùm nati intelliguntur, vt probat text. *in dict. §. Cum autem.* Et ratio diuerſitatis eſt, quia in conditione expreſsè appoſita per hominem attenditur tantùm exiſtentia, & merum factum, & non curatur quòd filius exiſtat cum jure, & effectu ſuccedendi, *l. Filiusfamilias*, *§. Cum quis*, *ff. de Leg.* 1 Quod ſecus eſt, quando conditio ſubintelligitur per legē, tunc enim neceſſe eſt, vt filius exiſtat cum effectu ſuccedendi, quia talis condi-

tio

tio ſubintelligitur ex conjectura pietatis, vt probatur *in l. Cum auus, ff. de Condit. & demonſtr.* ne ſcilicet liberi à parentum hæreditate excludantur, *l. Cum acutiſsimi, Cod. de Fideicommiſſ. l. Scripto, ff. Vnde liberi.*

884 Limitat autem hanc reſolutionem Leon. *ſupra*, vt procedat, niſi ſit ſubſtituta perſona veroſimiliter minùs dilecta, quã filius naturalis furioſi, vt ſi eſſet ſubſtitutus aliquis extraneus: quod mihi videtur ſatis probabile. Limitanda etiam eſt, vt non procedat in filijs naturalibus, quibus debetur ſucceſsio; prout dixi *ſupra, §. 6. num.* 839.

SECTIO V.

De ſubſtitutione Reciproca, ſeu Breuiloqua.

Dicendum nunc eſt de ſubſtitutione Reciproca, quæ Breuiloqua etiam dicitur, quæ tunc datur, quandò in vna verborum conceptione plures hinc inde inſtituuntur, & ſubſtituuntur, vt dicit Barth. *in l. Lucius, numer. 4. fine, ff. de Vulgari*, vbi de hac ſubſtitutione ex profeſſo agit. Ordo à nobis in præſenti ſeruandus, hic erit. Primò trademus hujus ſubſtitutionis definitionem, & quædam alia ſpectantia ad propriam ejus rationem cognoſcendam. Secundò, quibus verbis fiat? Et vtrum tacita etiam Reciproca admittenda ſit, & quando? Tertiò, quot, & quas ſubſtitutiones continere poſsit? Quartò quando contineat, vel non contineat ſubſtitutionem Vulgarem? Quintò, quando contineat Pupillarem? Sextò, quando contineat Exemplarem? Septimo, quando contineat Fideicommiſſariam? Octauò, quomodo intelligenda ſit Reciproca facta inter inæqualiter, vel diuerſo modo inſtitutos? Vltimò, quo modo hæc ſubſtitutio finiatur.

§. 1. *Traditur definitio ſubſtitutionis Reciprocæ: quare Reciproca, & Breuiloqua appelletur? Et vtrùm ſit peculiaris ſpecies ab alijs diſtincta?*

SUMMRAIUM.

Reciproca ſubſtitutio variè definitur & aliquæ ejus definitiones magis vtiles aſsignantur, num. 886. *& ſeq.*

De ratione Reciprocæ eſt, vt ſubſtituti vocentur æqualiter ad mutuam ſucceſſionem; d. num. 886.

Reciproca ſubſtitutio etiam inter exhæredatos locum habere poteſt, & ſimiliter inter præteritos; num. 887.

Cur hæc ſubſtitutio dicatur Reciproca, & Breuiloqua? num. 888.

Si non eadem ratione, vel ſub eodem communi verbo, ſed ſeparatim, plures adinuicem ſubſtituti ſint, non eſt propriè ſubſtitutio Reciproca, ſed ſunt plures ſubſtitutiones diſparatæ, quarum quælibet per ſe ſeorſim conſideratur, juxta qualitatem perſonæ, cui facta fuerit; num 889.

Vtrum Reciproca ſit peculiaris ſpecies ſubſtitutionis ab alijs diſtincta? num. 890.

Reciproca ſubſtitutio communiter definitur juxta Barth. & alios DD. *in d. l. Lucius, ff. de Vulgari*: *Eſt ſubſtitutio in qua ſub vnica verborum conceptione plures inſtituti adinuicem ſubſtituuntur.* Plures tamen alias definitiones diuerſas apud diuerſos DD. reperio, ex quibus duæ mihi videntur ſatis vtiles. Primam tradit Mantica *lib. 7. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 4. num. 4.* juxta Salic. *in l. In teſtamento, num. 17. Cod. de Teſtam. milit.* quæ ſic habet: *Eſt ſubſtitutio, quæ breuiloquio plures æqualiter, & reciprocè complectitur ſubſtitutiones.* Vtilitas hujus definitionis cõſiſtit in eo, quod declarat de natura Reciprocæ 886

ſubſtitutionis eſſe, vt ſubſtituti vocentur æqualiter ad mutuam ſucceſsionem, vt ſi dictum ſit; *Inſtituo Petrum, & Paulum, & eos inuicem ſubſtituo*: non poſsit Petrus ex vi talis ſubſtitutionis ſuccedere Paulo per Vulgarem, vel Pupillarem, niſi Paulus etiam poſsit ſimiliter ſuccedere Petro, ſi caſus in eo eueniat, vt per *l. Iam hoc jure, verſ. Sed ſi alter, ff. de Vulgari*, & ibi DD. Unde Bald. *ibidem*, & ex eo Mantica *ſupra, num.* 2. dicunt, hanc ſubſtitutionem non ob aliam cauſam vocari Reciprocam, niſi ratione paritatis ſubſtitutionum, quas complectitur.

Alia definitio conſtituitur in hunc
887 modum; *Eſt ſubſtitutio, quæ pluribus hæredibus inſtitutis, vel exhæredatis, alterum in alterius defectum ſubſtituit.* Hanc tradit Couar. *in cap. Raynutius, §. 7. numer.* 1. *de Teſtament.* quam etiam probat Mantica *dict. numer.* 4. cujus vtilitas in eo eſt; quia declarat hanc ſubſtitutionem, non ſolùm inter inſtitutos, ſed etiam inter exhæredatos locum habere poſſe: conſtat namque quod etiam duobus filijs impuberibus exhæredatis, poteſt pater reciprocè ſubſtituere, per *l.* 1. *ad fin. ff. de Vulgari.*. Vnde vt communis definitio ſupra tradita ſit adæquata, ſic accipienda eſt, vt nomine inſtitutorum, etiam exhæredati comprehendantur. Imo cùm etiam impuberibus præteritis poſsit interdum fieri Pupillaris ſubſtitutio, vt in caſibus à nobis commemoratis *ſect.* 3. *hujus diſput. §.* 7. *numer.* 556. *& ſeq.* profectò in talibus euentibus ſtare poterit Reciproca facta ipſis impuberibus præteritis. Quare ſatius erit aſſerere prædictam communem definitionem procedere de Reciproca quæ ordinariè fieri ſolet: regulariter namque ſolùm fit inter eos, qui inſtituti ſunt: cùm ſubſtitutio regulariter ſupponat inſtitutionem, & ſubſtitutus detur inſtituto.

888 Ratio, cur hæc ſubſtitutio appellatur Reciproca, patet ex ipſa definitione; quia nimirum fit duobus, aut pluribus adinuicem ſubſtituendo alterum alteri, vel cuilibet eorum reliquos, idque ſeruatâ inter eos ſubſtitutionis æqualitate, quantum ad ſpeciem ipſius ſubſtitutionis, ita vt ſi ego tibi ſim ſubſtitutus vulgariter, tu mihi etiam vulgariter ſubſtitutus ſis; & ſic de reliquis ſpeciebus ſubſtitutionis adinuicem factis, vt ſupra *numer.* 886. notatum eſt. Dicitur etiam hæc ſubſtitutio Breuiloqua, quia breui vnius orationis compendio continet plures ſubſtitutiones mutuò diuerſis perſonis factas; vt cùm duobus, aut pluribus ſimul inſtitutis, adjicit teſtator, *Eoſque adinuicem ſubſtituo*: aut ſimilia verba.

Quòd ſi non eadem oratione, eo- 889
demue communi verbo, ſed ſeparatim plures eſſent adinuicem ſubſtituti, tunc non diceretur verè, & propriè fieri ſubſtitutio Reciproca, ſed eſſent, & dicerentur ſimpliciter plures ſubſtitutiones diſparatæ, quarum neutra alteram reſpiceret, & quælibet de per ſe conſideranda erit, juxta qualitatem perſonæ, cui facta fuerit: quod non ita eſſet, ſi forent ſubſtituti per Breuiloquam, ſeu Reciprocam de qua loquimur. Nam ſi duobus imparibus facta ſit ſubſtitutio Reciproca, vt duobus filijs, quorum alter ſit pubes, & alter impubes, dicente teſtatore ſe eos inſtituere, & adinuicem ſubſtituere, in tali ſubſtitutione non continebitur Pupillaris, quæ ſolùm in perſona impuberis poteſt habere locum, ſed tantùm Vulgaris, cujus vterque filius eſt capax, eoquòd de natura Reciprocæ eſt, quòd æqualiter ſe habeat inter eos, quibus fit, *dict. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* At verò, ſi illis duobus filijs per ipſummet verbum, *Subſtituo*, fiat ſubſtitutio adinuicem in diuerſis orationibus, tunc ſanè filio impuberi cenſetur facta non ſolùm Vulgaris, ſed etiam Pupillaris: filio autem puberi ſolùm Vulgaris, cùm in tali caſu ſint duæ ſubſtitutiones ſeparatæ, & diſparatæ, quarum quælibet de per ſe conſideratur, vnde cum illud verbum, *Subſtituo*, relatum ad perſonam impuberis, non ſolùm con-

conueniat Vulgari ſubſtitutioni, ſed etiam Pupillari, vtramque cenſetur inducere, *cap. Si pater, de Teſtament. in* 6. & diximus *ſupra ſect.* §. 3. 3. *num.* 507. Atque ita in ſpecie docet cum alijs Emman. Coſta *in d. cap. Si pater,* 3. *p. verſ. Perſonis, num.* 4.

Hinc dubitatur, vtrùm Reciproca ſit peculiaris ſpecies ſubſtitutionis per ſe ab alijs diſtincta, vel ſolum collectio plurium ſubſtitutionum? Aliqui cenſent eſſe
890 ſpeciem de per ſe, quàm ſententiam relatis alijs tenet Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 7. *cap.* 3. ſed reſolutiuè dicendum eſt, non eſſe ſpeciem diſtinctam, ſed ſolum adjectionem plurium, vt tradit Barthol. *in d. l. Lucius, num.* 2. *ff. de Vulgari*, eſtque communis ſententia, teſte Mantica *d. tit.* 4. *numer.* 3. & Trentacinq. *d. cap.* 3. qui plures pro ea refert. Ratio patet, quia licèt quoad formam, & modum concipiendi differat ab alijs ſubſtitutionibus ſimpliciter, ac ſeparatim conceptis, & hac ratione tanquam diſtincta ſpecies numeretur; tamen cùm non poſsit non incidere in aliquam aliarum ſubſtitutionum, neceſſario cum illis coincidit; & ſic diſtinctam ſpeciem conſtituere non poteſt.

§. 2. *Quibus verbis fiat ſubſtitutio Reciproca? & vtrùm tacitè etiam ſubintellecta admittenda ſit, & quando?*

SVMMARIVM.

Subſtitutio Reciproca nullam certam verborum formam ſibi determinat, num. 891.

Variæ formæ hujus ſubſtitutionis ex Bartholo aſsignantur, num. 892.

Vtrùm quando pluribus inſtitutis datus eſt ſubſtitutus, reſultet ſubſtitutio Reciproca tacitè ſubintellecta inter ipſos inſtitutos? Et inprimis, vtrùm reſultet Reciproca Vulgaris, ex qua inſtitutus ſuperſtes excludat ſubſtitutum à ſucceſsione conſtituti, qui non adiuit, numer. 893. *Vtrum reſultet etiam Reciproca Pupillaris, ſi inſtituti erant impuberes, & alter eorum deceſsit intra ætatem pupillarem? numer.* 894.

Quando pater inſtituit duos filios impuberes, & vltimo eorum morienti ſubſtituit pupillariter Seium, an tunc ſubintelligenda ſit Pupillaris Reciproca inter ipſos impuberes, ex qua mortuo primo in pupillari ætate, debeat ei ſuccedere alter, qui ſupereſt? Reſpondetur affirmatiuè, ſi mater illorum impuberum ſit in medio, & ſubſtitutio eſt facta in tota hæreditate, vt cum dictum eſſet, vltimo eorum decedenti in pupillari ætate, ſubſtituo Seium in tota hæreditate, numer. 895. *Idem eſt, ſi extaret in medio alter frater illorum impuberum, qui pro parte ſucceſſurus eſſet primo morienti, numer.* 897. *Idem etiam eſt, licet ſubſtitutio non eſſet facta expreſſè, in tota hæreditate, ſed tantùm verbis indefinitis, numer.* 898. *Idem quoque erit, quando impuberi vltimo decedenti facta eſſet Pupillaris comprehenſa in Compendioſa, numer.* 899.

Subſtitutiones directæ etiam conjecturis inducuntur, præſertim ſi ſint deſumptæ ex verbis teſtamenti, num. 896.

Vtrùm ex prædicta pupillari facta impuberi vltimo decedenti in tota hæreditate reſultet etiam tacita Fideicommiſſaria inter ipſos impuberes, pro caſu, quo primus moriatur factus jam pubes? num. 900.

Quando vltimo dictorum impuberum morienti datus eſt ſubſtitutus pupillaris, & non exiſtit in medio eorum mater, vel alius frater, qui concurrere deberet in ſucceſsione ab inteſtato impuberis primo decedentis, non reſultat inter ipſos impuberes Tacita Pupillaris Reciproca, etiamſi vltimo decedenti

facta ſit ſubſtitutio in tota hæredita te, licet multi contrariè opinentur, numer. 901.

Quando vltimo illorum impuberum datus eſt ſubſtitutus pupillaris, non in tota hæreditate, non reſultat inter eos Reciproca Pupillaris, num. 902.

Vtrum quando pluribus inſtitutis datus eſt ſubſtitutus, reſultet inter eos Reciproca Fideicommiſſaria tacitè ſubintellecta? num. 903. remiſſiuè.

861 DE forma, ſeu verbis, quibus hæc ſubſtitutio concipitur, illud generatim conſtituendum eſt, hanc ſubſtitutionem (ſicut & reliquas) nullam certam formam, peculiariaue verba, ſibi determinare, ſed quibuſcumque verbis fieri poſſe, dummodo ſub vnica oratione, ſeu conceptione contineant plures ſubſtitutiones diuerſis perſonis ad inuicem factas, juxta ſupradicta *numer.* 888. *& ſeq.* vnde, cùm ſub ea lege innumeræ formæ in particulari poſſint concipi, non poſſumus omnes tradere, nec neceſſarium eſt. Quare ſolùm hic ſubjiciemus formas, quas Bartholus ex jure aſſignat *in d. l. Lucius, num.* 4. *ff. de Vulgari*, ex quibus facile erit alias comminiſci, vel, ſi occurrant, internoſcere.

892 In primis ergo dicit Bartholus, Reciprocam fieri his verbis: *Vos inuicem ſubſtituo*, vt *d. l. Lucius, & l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, cum concord.* Dicit deinde, fieri etiam per hæc verba, *Vter eorum viuet, hæres eſto*, vt *l. Titius, & Seius, cum l. ſeq. ff. de Hæred. inſtit. & l. Si fundum, ſub conditione, §. His verbis, ff. de Leg.* 1. Dicit tertiò fieri quoque his verbis. *Inuicem inſtituti, & ſubſtituti ſunto*, vt probatur *in l. Cum in teſtamento, §. Hæc verba, ff de Hæred. inſtit.* Vltimò ſtatuit fieri etiam hoc modo, *Vos hæredes meos inſtituo, & ſiquis veſtrum deceſſerit, volo bona mea ad alium deuenire, vel peruenire*: quibus verbis licèt aliqui ſentiant, contineri Reciprocam Fideicommiſſariam, propter verbum, *deuenire*, vel *peruenire*, quod in multis textibus viurpatur vt obliquum, attamen cùm reuera ſit verbum commune, dicit idem Barth. contineri ſubſtitutionem ejuſdem rationis cum ea, quæ fit per verbum, *Subſtituo*; quod etiam eſt commune, & ſic contineri ſubſtitutionem directam, cum quo plures alij tranſeunt. Aliqui verò, vt Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 12. *num* 4. & Guido Pape, quem refert, ſentiunt contineri Compendioſam, tum directas, tum fideicommiſſarias, pro ſuo tempore complectentem. Quæ quidem opinio non videtur improbabilis, ſed tamen de hoc alibi; qui plures deſiderauerit formas legat Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 59. *per totam*, ibi enim multas alias adducit, ac ſimiliter probat.

Vtrùm verò admittenda etiam ſit Reciproca, quæ nullis verbis ſit Expreſſa, ſed tantùm ſubintellecta ex alijs verbis teſtatoris? Quæſtio eſt, quam DD. agitare ſolent pro caſu, quo pluribus inſtitutis datus eſt ſubſtitutus: in qua ſpecie dubitatur. Vtrum ex datione ſubſtituti inducatur, & reſultet Reciproca tacitè ſubintellecta inter inſtitutos? Ac primò quidem quæritur, vtrum inducatur Reciproca Vulgaris? Secundò, vtrùm Reciproca Pupillaris? Tertiò vtrùm Reciproca Fideicommiſſaria? 893

Quod ergo attinet ad primum quæſitum, caſus formatur hoc modo: dixit teſtator, *Inſtituo Titium, & Seium, & ſi non fuerint hæredes, ſubſtituo Sempronium*, mortuus eſt vnus ex inſtitutis, antequam eſſet hæres? Quæritur, vtrum debeat ſuccedere in ejus locum inſtitutus ſuperſtes, quaſi inter ipſos inſtitutos facta eſſet Reciproca, vel potiùs debeat tunc ſuccedere ſubſtitutus, & non ſolùm in caſu, quo neuter inſtitutus ſit hæres? Reſpondetur ſuccedere quidem debere inſtitutum ſuperſtitem, & per eum excludi ſubſtitutum, vtrùm verò ſuccedat per Reciprocam tacitè ſubintellectam? Eſſe quæſtionem inutilem. Ita reſpondent Zanch. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, numer.* 492. *ff. Ad Trebel.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 61. *num.* 2. & Fu- 894

Fuſar. *de Subſtitut. q.* 262. *num.* 1. & plures alij, quos referunt. Quod debeat ſuccedere inſtitutus ſuperſtes, eſt communiſsima Doctorum ſententia, quàm tradidimus, & latè contra nonnullos probauimus *ſect.* 2. *hujus diſp.* §. 13. *num.* 204. *& ſeqq.* Quod autem quæſtio de Reciproca ſit inutilis, conſtat, quia talis inſtitutus ſuccedit in portionem alterius per jus accreſcendi, ſeu non decreſcendi, vt *citato loco* viſum eſt: & ſic ſuperfluum eſt quærere, vtrum ſubintelligatur ſubſtitutus per Reciprocam? Cùm per jus accreſcendi idem conſequatur: quod ſi dicas, ipſum jus accreſcendi dici Tacitam Vulgatem Reciprocam, vt per *l. Si Titio, §. Iulianus, ff. de Leg.* 2. Reſpondetur, quòd in hoc ſenſu erit quæſtio de nomine; nam cum ex alibi dictis ſupponamus dictum inſtitutum ſuperſtitem ſuccedere ex jure accreſcendi, ſolùm erit quæſtio, vtrùm tale jus dicendum ſit ſubſtitutio Reciproca? Et hęc etiam quęſtio inutilis eſt. Illud quoquè hìc notandum, multos eſſe caſus in quibus ne jus quidem accreſcendi competit inſtitutis contra vulgariter ſubſtitutum illis datum; quos caſus tradidimus *d.* §. 13.

894 Secundum quæſitum pro Reciproca Pupillari formatur hoc modo. Titius inſtituit duos filios ſuos impuberes, & ſubſtituit eis pupillariter Seium; mortuo patre deceſsit vnus ex illis filijs intra ætatem pupillarem, quæritur vtrùm ei ſuccedat frater ſuperſtes per Reciprocam tacite inter eos ſubintellectam, vel potiùs ſuccedat ſubſtitutus frater excluſo? Huic quæſito eodem fere modo reſpondetur, ſicut ſuperiori, nimirum, illum quidem fratrem ſuperſtitem ſuccedere, at non per Reciprocam inter ipſos fratres inſtitutos ſubintellectam, ſed ob legitimam ſucceſsionem ab inteſtato eis inter ſe à teſtatore reſeruatam, juxta text. *in l. Vel ſingulis, ff. de Vulgari, & §. Vel ſingulis, Inſtit. de Pupillari.* Ita reſoluunt communiter DD. quos longa ſerie referunt, & ſequuntur Menoch. *d. præſumpt.* 61. *num.* 12 & Fuſar. *de Subſtitut. d. q.* 262. *num.* 1. conſtatque ſatis ex traditis *ſect.* 3. *hujus diſp.* §. 12. vbi latè explicauimus quando ſubſtitutus pluribus impuberibus non admittitur ex Pupillari, quolibet eorum ante pubertatem moriente, ſed ſolùm cum omnes in pupillari ætate deceſſerint: vnde quod in præſenti dicimus, fratrem ſuperſtitem ſuccedere prædefuncto ex legitima ſucceſsione ipſis reſeruata, intelligi debet cum declarationibus, & limitationibus dicto loco adhibitis: multos namque ibidem poſuimus caſus, in quibus, mortuo primo impubere, ſtatim ſubſtitutus admittitur, alio impubere excluſo.

Si autem ponamus vltimo tantùm illo- 895
rum impuberum morienti fuiſſe datum ſubſtitutum pupillarem, potior quæſtio eſt, an tunc ſubintelligenda ſit facta Pupillaris Reciproca inter ipſos impuberes inſtitutos, ex qua mortuo primo in pupillari ætate debeat ei ſuccedere alter qui ſupereſt? In qua quæſtione tres caſus diſtinguuntur. Primus eſt, quando mater illorum impuberum extat in medio, & ſubſtitutio eſt facta in tota hęreditate: vt ſi teſtator dixit; *Inſtituo Caium, & Mæuium filios meos impuberes, & vltimo eorum decedenti in pupillari ætate ſubſtituo Seium in tota hæreditate.* Et in hoc caſu ſubintelligitur Reciproca Pupillaris facta inter ipſos inſtitutos. Ita Barth. *in d. l. Vel ſingulis,* & ibi Aretin. Imol. & Socin. ſen. *num.* 22. *ff. de Vulgari,* Couar. *in cap. Raynutius,* §. 8. *num.* 6. *de Teſtam.* Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 2. *ſub num.* 19. *verſ. Et cum ſuperior.* & cum multis alis Menoch. *d. præſumpt.* 61. *numer.* 3. & Fuſar. *d. q.* 262. *num.* 12. Fundamentum eſt, quia cum teſtator ſubſtitutioné fecerit in tota hæreditate, eo ipſo voluit vt ſubſtitutus haberet integras portiones vtriuſque inſtituti: non poſſet autem eas habere, niſi tota portio primi decedentis perueniret ad vltimum, *l. Si vniuerſæ,* & ibi Barth. *Cod. de Leg.* & ad ipſum vltimum peruenire non poſſet, niſi mediante Reciproca Pupillari; quia alioqui mater pro ſua parte ſuccederet ab inteſtato in bonis primi decedentis, juxta *Auth. Defuncto. Cod. Ad Tertul* & ſic

impediret ne tota portio illius primi ad vltimum perueniret.

896 Quod ſi opponas, ſubſtitutiones directas non induci conjecturis, vt per text. *in l. Cum proponeretur, ff. de Leg.* 2. *& in l. Iubemus, Cod. de Teſtament.* multi DD. tradunt apud Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 64. *num* 3. Reſpondetur, licèt ſubſtitutiones directæ non ita facilè admittantur ex conjecturis, & præſumptionibus ſicut admittuntur fideicommiſſariæ, nihilominus eas etiam conjecturis induci, quando id eſt neceſſarium, ad hoc vt voluntas teſtatoris impleatur vt probat text. *in l.* 1. & ibi Bald. *ff. de Hered. inſtit.* Zanch. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, num.* 498. *ff. Ad Trebel.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 61. *num.* 5. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 262. *num.* 13. & quanuis multorum opinio ſit, directas ſubſtitutiones non induci conjecturis, ea opinio procedet, quando conjecturæ extrinſecus deſumuntur, non verò quando reſultant ex verbis ipſius teſtamenti, vt conciliando opiniones tradunt Bald. *in l. Captatorias, num.* 4. *Cod. de Teſtament. milit.* Aret. *in l. Poteſt, col.* 2. *ff. de Vulgari,* Zanch. *in d. §. Cum ita, num.* 146. *fine,* Alciat. *in l.* 3. *ff. de Verbor. ſignif.* Menoch *conſ.* 408. *num.* 45. *& d. præſumpt.* 64. *num.* 4. Fuſar. *vbi ſupra,* & alij quos refert. Nam quod ex expreſsis in teſtamento concludentur reſultat, pro expreſſo haberi debet. In præſenti autem conjectura Reciprocæ Pupillaris concludenter reſultat ex verbis, & diſpoſitione in teſtamento expreſsis. Vnde non ſunt audiendi Oldrad. Alberic. Angel. Roman. Caſtr. & alij relati à Menoch. *dict. præſumpt.* 61. *num.* 4. & Fuſar. *d. q.* 262. *num.* 14. qui contrariam ſententiam tenuerunt, eo fundamento, quòd ſubſtitutio directa conjecturis non inducitur.

897 Prædicta communis reſolutio procedit ſimiliter, quando extaret alter frater, qui aliàs pro parte ſucceſſurus eſſet ab inteſtato ſimul cum impubere ſuperſtite, pari namque ratione talis frater cenſetur excluſus per Pupillarem Reciprocam inter ipſos impuberes ſubintellectam, ſicut eorum mater, vt conſideranti patebit. Et ita poſt alios docent Zanch. *in d. § Cum ita, p.* 6. *num.* 38. Menoch. *d. præſumpt.* 61. *num.* 6. & Fuſar. *d. quæſt.* 262. *numer.* 15.

Procedit etiam dicta reſolutio, quando ſubſtitutio non eſſet facta expreſsè in tota hæreditate, ſed eſſet facta verbis indefinitis, vt ſi teſtator dixit, *Subſtituo in hæreditate,* vel, *in bonis.* Nam tunc etiam Reciproca inducitur inter dictos impuberes extante eorum matre vel fratre, qui cum altero fratre ſuperſtite concurreret in ſucceſsione defuncti, ſic Couar. *in cap. Raynutius, §.* 8. *num.* 6. *de Teſtam.* Menoch. *d. præſumpt.* 61. *numer.* 7. Intrigl. *de Subſtitut. cent.* 2. *q.* 82. *num.* 10. & Fuſar. *d. q.* 262. *num.* 16. 898

Procedit item, quando impuberi vltimo decedenti facta eſſet Pupillaris comprehenſa in Compendioſa, vt cum teſtator ita dixit, *Inſtituo filios meos impuberes, & vltimo quandocumque decedenti ſubſtituo Seium:* Quia tunc etiam, ſi in medio extet mater, vel alius frater, qui ab inteſtato ſuccederet, præſumitur facta Reciproca Pupillaris inter ipſos impuberes. Ita Couar. *vbi ſup.* Menoch. *d. præſumpt.* 61. *num.* 8. Intrigl. *d. q.* 82. *numer.* 11. & Fuſar. *d. q* 262. *num.* 17. licèt contrarium teneat Ripa *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, num.* 22. *ff. Ad Trebel.* & Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 2. *num.* 21. 899

Illud etiam graues DD. in præſenti obſeruant, & prædicta Pupillari facta impuberi vltimo decedenti in tota hæreditate reſultare etiam Reciprocam Fideicommiſſariam inter ipſos impuberes pro caſu, quo primus decedat jam pubes factus. Sic Aret. *in d. l. Poteſt, in fine, ff. de Vulgari,* Ripa *in d. §. Cum ita, num.* 22. & ibi Zanch. *p.* 6. *num.* 43. Couar. *in dict. cap. Raynutius, §.* 8. *in fine,* Menoch. *d. præſumpt* 61. *num.* 9. & Intrigl. *d. q.* 82. *numer.* 12. Quod in hoc etiam caſu ſeruari nequeat voluntas teſtatoris, niſi inter illos impuberes intelligatur facta Reciproca Fideicommiſſaria; ex qua portio primi mo- 900

Digitized by Google

morientis perueniat ad vltimò decedentem, cui Pupillaris in tota hæreditate facta eſt. Contrarium tamen probabilius tenent Vigl. *in dict. §. Vel ſingulis, Inſtit. de Pupillari*, Menchaca *de Succeſſ. progreſſ. §. 25. ante num.* 76. & Fuſar. *d. q.* 262. *num.* 19. Quia licèt ſpectato verborum rigore ex eo quòd teſtator ſubſtituit pupillariter vltimo morienti in tota hæreditate videatur voluiſſe grauare primò morientem per fidei commiſſum, vt ſi fiat pubes portionem ſuam reſtituat vltimo, & ſic inducere inter illos Reciprocam Fideicommiſſariam; attamen cum tale fideicommiſſum ſit odioſum, vtpote inducens grauamen reſtitutionis, non eſt præſumendum, eam fuiſſe teſtatoris voluntatem, ſed tantùm voluiſſe, vt ſi vterque decederet in pupillari ætate, tunc per mortem vltimi pupillariter ſubſtitutus haberet portionem vtriuſque, & ſic vt ſola Reciproca Pupillaris inter ipſos impuberes interueniret. Quod inde mihi fit planum; nam ſi vltimus decedat pubes, non intelligitur, quòd in tali caſu ſit grauatus à teſtatore per Fideicommiſſariam reſtituere hæreditatem dicto ſubſtituto; neque enim Pupillaris Fideicommiſſariam continet, vel in eam conuertitur: ergo etiam intelligi non debet, quod voluit grauare tali fideicommiſſo priùs decedentem jam puberem factum, ne dicamus magis dilexiſſe vnum, quàm alterum; quòd nulla ratione cogitari poteſt.

901 Secundus caſus eſt, quando non eſt in medio mater, neque alius frater, qui concurrere deberet in ſucceſsione ab inteſtato impuberis primò decedentis; & tunc non oportet intelligi inductam Reciprocam Pupillarem inter ipſos impuberes, quantumuis ſubſtitutio vltimo morienti facta ſit expreſsè in tota hęreditate. Sic Din. *in d. l. Vel ſingulis, ff. de Vulgari*, & ibi Paul. Caſtr. Bald. *in d. l. Poteſt, ff. eod.* & ibi Arct. *in fin.* & Imola etiam *in fine*, Vigl. *in d. §. Vel ſingulis, Inſt. de Pupillari*, Zanch. *in d. l. Hæredes mei, § Cum ita, numer.* 495. *ff. Ad Trebel.* Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib* 2. *§.* 15. *numer.* 75. *& ſeqq* Menoch. *d. præſumpt.* 61. *num.* 11. Trentacinq. *de Subſtitut. q.* 5. *cap.* 2. *ſub num.* 19. *verſ. Et cum ſuperior*, & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 262. *num.* 5. licèt contrarium ſentiant Barth. *in l. Titia Seio, §. Seia libertis, ff. de Leg.* 2. *& in d. l. Vel ſingulis*, & ibi Imola, Arct. & alij Couar. *d. §.* 8. *num.* 6. vbi teſtatur de communi, & multi alij apud Fuſar. *ſupra, num.* 10. Probatur facilè, quia in tali caſu eſt reſeruata legitima ſucceſsio ab inteſtato inter ipſos impuberes, ex qua qui vltimus deceſsit, hæres extitit primi decedentis; & ſic ad ſubſtitutum ipſi vltimò datum tota hæreditas vtriuſque impuberis deueniet, juxta teſtatoris voluntatem, quin oporteat recurrere ad Pupillarem Reciprocam inter ipſos impuberes inductam. Idemque quamuis mater ſit in medio, ſi Statuto ſit excluſa à ſucceſsione, vt relatis multis notant Menoch. *d. num.* 11. & Fuſar. *ſupra, numer.* 11.

Tertius caſus eſt, quando ſubſtitutio facta eſt vltimo morienti, ſed non in tota hæreditate: vt ſi dictum eſt, ſubſtituo illi pupillariter in ſua parte Sempronium. Et in hoc etiam caſu non inducitur Reciproca Pupillaris inter ipſos impuberes, ſic poſt alios Couar. *in d. §.* 8. *num.* 5. Zanch. *in d. §. Cum ita, num.* 494. Menoch. *d. præſumpt.* 61. *fine*, & Fuſar. *d. q.* 262. *numer.* 4. Patet quia in tali caſu, ſi mater, vel alius frater concurrat in ſucceſsione primi morientis cum impubere ſuperſtite, atque adeo nulla inter eos ſit Reciproca, adhuc bene impleri poteſt voluntas teſtatoris, qui voluit vt ſubſtitutus caperet portionem hęreditatis, quæ ad vltimò decedentem deueniſſet, & ſic non eſt vnde Tacita Reciproca inducta cenſeatur. 902

Circa tertium quæſitum, de Reciproca Fideicommiſſaria tacitè inducta, latè 903 diſputant DD. diſtinguendo plures caſus, qui reuerà hujus loci non ſunt, & propriè ſpectant ad materiam de fideicommiſsis. Quare ſatius duco quæſtionem hanc hoc loco prætermittere. Eam plenè tractant Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 5. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præ-*

Digitized by Google

præſumpt. 62. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 2. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 472. latiſsimè.

§. 3. *Quot, & quas ſubſtitutiones Reciproca continere poſsit?*

SUMMARIUM.

Reciproca ſubſtitutio ſemper ad minimum continet duas ſubſtitutiones ejuſdem rationis: poteſt verò continere multò plures, tum ejuſdem, tum diuerſæ ſpeciei; num 904.

Si duobus puberibus fiat Reciproca his verbis; Eos inuicem ſubſtituo: *ſolùm ibi continentur duæ Vulgares. Alij etiam aſsignantur caſus, in quibus ſolùm continentur duæ Pupillares, vel duæ Fideicommiſſariæ; ibidem. Item quando contineantur plures? num* 905.

Subſtitutiones, quæ in Reciproca continentur, non ſunt tacitæ ſed expreſſæ verbis generalibus; num. 906.

904 HVic quæſtioni breuiter reſpondeo, Reciprocam ſubſtitutionem ſemper ad minimum continere duas ſubſtitutiones, vel Vulgares vel Pupillares, vel Fideicommiſſarias; poſſe verò continere multò plures tum ejuſdem, tum diuerſæ ſpeciei; licèt cum duabus tantum ejuſdem ſpeciei rectè poſsit conſiſtere. Quod facilè declaro. Nam quòd debeat continere ad minimum duas, patet; ſiquidem Reciproca fit ſaltem duobus adinuicem, quod non ſtat niſi detur ſaltem vna ſubſtitutio ex parte vnius, & alia ex parte alterius: deinde quòd poſsit conſiſtere cum ſolis duabus ejuſdem ſpeciei, conſtat, quia ſi duobus puberibus fiat Reciproca his verbis; *Eos inuicem ſubſtituo*, talis ſubſtitutio ſolùm continet duas Vulgares, nam licèt verbum, *Subſtituo*, ſit commune, & ſic indifferens ad ſubſtitutionem Directam, & Fideicommiſſariam, tamen in dubio intelligitur potiùs pro Directa, *cap. Si pater de Teſtament. in* 6. & communis DD. Unde cùm in dicta ſpecie non inducat directam Pupillarem; cùm hæc non habeat locum in puberibus; neque Exemplarem, cùm non agamus de mentecaptis; neque etiam Militarem, cùm non ponamus eſſe factam à milite volente vti priuilegio militari, conſequens eſt ſolùm induci duplicem Vulgarem. Iam verò ſi dictum eſſet; *Eos inuicem vulgariter ſubſtituo*, clarum eſt nullam aliam ſubſtitutionem præter duas Vulgares contineri. Item ſi pater duobus impuberibus exhæredatis ſubſtituat prędictis verbis; *Eos inuicem ſubſtituo*, talis Reciproca continet tantùm duas Pupillares, Barth. *in l. Lucius, num.* 5. *ff. de Vulgari*, argum. text. *in §. Non ſolum, Inſtit. de Pupillari*; & cæteri communiter. Similiter, ſi Reciproca fiat duobus in codicillo, ſolùm continebit duas Fideicommiſſarias, vt notat Barthol. *ſup. & §. ſeq. num.* 910. magis declarabitur.

905 Quod verò multò plures ſubſtitutiones, tum ejuſdem, tum diuerſę ſpeciei in Reciproca contineri poſsint, etiam conſtat facilè: nam ſi duobus impuberibus inſtitutis, & ſub poteſtate conſtitutis pater faciat Reciprocam his verbis; *Eos inuicem ſubſtituo*, in tali ſubſtitutione continentur quatuor, duæ Vulgares, & duæ Pupillares. Et ſi eam faciat, dicendo; *Eos inuicem ſubſtituo, ſi deceſſerint in pupillari ætate, vel quandocumque*; continebit ſex, duas Vulgares, duas Pupillares, & duas Fideicommiſſarias. Et ſiquis habens duos filios impuberes mentecaptos, illis inſtitutis Reciprocam faciat hoc modo; *Si deceſſerint in pupillari ætate, vel poſt in dementia, vel aliàs quandocumque, eos adinuicem ſubſtituo:* continebit ea Reciproca octo, nempe duas Vulgares, duas Pupillares, duas Exemplares, & duas Fideicommiſſarias: ſi verò dictis duobus dementibus facta eſſet Reciproca ſimpliciter, dicente patre; *Eos inuicem ſubſtituo*, contineret ſex ſubſtitutiones directas, ſcilicet, duas Vulgares, duas Pupillares, duas Exemplares. Hæc proce-

dunt

dunt quando Reciproca duobus tantùm facta eſt: ſi autem facta ſit pluribus, vt tribus, quatuor, &c. tunc juxta eorum numerum prædictę ſubſtitutiones intra eandem ſpeciem multiplicantur: vnde fieri poteſt vt vna Reciproca contineat nouem, duodecim, & plures; nam ſi v. c. quinque impuberibus inſtitutis pater ſubſtituat reciprocè illis verbis, *Eos inuicem ſubſtituo, ſi deceſſerint in pupillari ætate, vel quandocumque*, in tali ſubſtitutione continentur quindecim: nimirum quinque Vulgares, quinque Pupillares, & quinque Fideiçommiſſariæ: prout hæc omnia bene tradit Barthol *in d. l. Lucius, num. 5 ff. de Vulgari*, quibus nonnihil addit Leon. *tract. de Subſtit. in materia Reciprocæ, num. 36. & ſeqq.* Sed non oportet hæc in re ampliùs immorari, cùm parum videatur habere vtilitatis.

906 Illud tamen neceſſariò aduertendum eſt, dictas ſubſtitutiones in Reciproca contentas non eſſe ſimpliciter tacitas, ſed expreſſas nempe verbis generalibus, vt bene docet Barthol. *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & in d. l. Lucius, numer. 7.* poſt Glo. ibi, alijſque in locis, eſtque communis ſententia, pro qua plures refert Fuſar. *de Subſtitut. q. 254. num. 6.* quibus adde Bald. *de Subſtitut. tit. de Reciproca, numer. 6* Zaſ. *de Subſtitut. cap. 4. fine*, & Leon. *ſupra, numer. 59.* qui licèt verbis refragari videatur, reipſa tamen à dicta communi ſententia non recedit. Hinc fit, vt quanuis per Pupillarem Tacitam ſub Vulgari Expreſſa comprehenſam non excludatur mater pupilli, vt cum communi tradidimus *ſect. 3. hujus diſp. §. 16.* tamen per Pupillarem contentam in Reciproca excludenda ſit, vt notant DD. citati, *& infra, § 5.* magis explicandum eſt.

(:!:)

§. 4. *Quando in Reciproca ſubſtitutione contineatur, vel non contineatur Vulgaris?*

SVMMARIVM.

IN *Reciproca regulariter continetur Vulgaris, num. 907.*

Quando Reciproca facta eſſet pluribus impuberibus exhæredatis, non continebit Vulgarem, continebit autem Pupillarem, num. 908. Et ſimiliter quando alter tantùm illorum impuberum eſſet exhæredatus, num. 909.

Reciproca facta in codicillis non continet Vulgarem. Quod fallit quando facta eſſet per militem, item ſecundùm aliquos, quando facta eſſet per codicillum inter liberos, num. 910.

COnſtat ex prædictis contineri poſſe in Reciproca tum Vulgarem, tum Pupillarem tantùm, tum vtramque ſimul, & ſic de reliquis ſpeciebus; conſequens eſt, vt videamus quando hæc vel illa ſubſtitutio reipſa continetur. In primis ergo quod attinet ad Vulgarem, certa & communis omnium reſolutio eſt, eam regulariter contineri in Reciproca, vt probatur *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari:* & patet, nam ſi teſtator, duobus inſtitutis, dicat, *Eos inuicem ſubſtituo*, vel, *ſi quis eorum deceſſerit ſit hæres alius*, vel, *Bona mea ad alium deueniant*, aut ſimilia verba Reciprocam continentia, talia verba conueniunt Vulgari in generali; & ſic Reciproca continet Vulgarem verbis generalibus expreſſam. 907

908 Dixi autem, *Regulariter*, quia ſūt aliqui caſus, in quibus Vulgaris non continetur in Reciproca. Unus eſt, quādo Reciproca facta eſſet pluribus impuberibus exhæredatis: tunc enim nō cōtinet Vulgarē; Barth. *in l Lucius, n. 5. ff. de Vulgari*, Leon. *de Subſtit. in materia Reciprocæ, n. 23.*

Bald.

Bald. *tract. etiam de Subſtitut. tit. de Reciproca, num.* 5. Zaſius, *de Subſtitut. cap.* 4. *num.* 3. & cæteri communiter, quia cùm exhæredati non ſint vocati, ſed excluſi à ſucceſsione teſtatoris, clarum eſt non poſſe inter eos dari Vulgarem, de cujus propria ratione eſt, vt per eam admittatur ſubſtitutus ad ſucceſsionem teſtatoris loco alterius in priori gradu ad eam ſucceſsionem vocati. Quare Reciproca inter illos impuberes facta licèt poſsit continere Pupillarem, & ſic eſſe vtilis, non tamen continebit Vulgarem.

909 Alius caſus eſt, quando facta eſſet Reciproca duobus filijs impuberibus, quorum alter eſſet inſtitutus, & alter exhæredatus. Nam tunc etiam, licèt contineret Pupillarem, non tamen Vulgarem, vt relatis pluribus tenent Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *numer.* 9. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 5. *cap.* 7. *numer.* 1. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 156. *numer.* 2. Ratio eſt, quia cùm in exhæredato non poſsit habere locum Vulgaris, vt in præcedenti caſu probatum eſt, daretur inæqualitas in dicta Reciproca, ſi Vulgaris in ea contineretur; ſiquidem impuberi inſtituto poſſet exhæredatus ſuccedere per Vulgarem: non ita verò inſtitutus exhæredato: conſtat autem Reciprocam debere eſſe æqualem, ita vt ſubſtituti pari ratione alter in alterius locum ſuccedere poſsit, vt declarauimus *ſupra*, §. 1. *in princip.* & conſtat per text. *in d.l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Contrariam ſententiam conati ſunt defendere nonnulli, quos citati DD. referunt: ſed eorum fundamenta nullius fere ſunt momēti, & facili negotio à Trentac. & Fuſar. ſoluuntur.

910 Tertius caſus eſt, quando Reciproca facta eſſet in codicillis. Tunc enim non continebit Vulgarem, nec aliam ſubſtitutionem Directam, ſed ſolùm Fideicommiſſariam; Barth. *in d. l. Lucius, num.* 5. *ff. de Vulgari*, Couar. *in cap. Raynutius*, §. 9. *numer.* 3. *de Teſtament.* Mantica, *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 4. *numer.* 8. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 10. *numer.* 8. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 256. *num.* 8. & *q.* 260. *num.* 11. multique alij, quos referunt. Ratio eſt, quia per Vulgarem, & alias ſubſtitutiones Directas datur hæreditas directò: in codicillis autem non poteſt dari hæreditas directò, ſed tantùm obliquè, ſeu fideicommiſſariè, §. *Codicillis, Inſtit. de Codicil.* & ideo ſi Reciproca in codicillis fiat, ſolùm continebit Fideicommiſſariam, & vt talis valebit, quantumuis facta ſit verbis directis, quæ ex benigna interpretatione intelligentur vt obliqua, *l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* Hoc autem procedit niſi ſimus in caſu, quo hæreditas codicillis dari poteſt vt bene aduertit Trentacinq. *ſupra*, nam tunc ſi ſubſtitutio in codicillis ſit facta verbis directis, continebit ſubſtitutionem Directam; vt quando fuerit facta per militem; cùm miles etiam codicillis hæredem poſsit inſtituere, *l. Militis, ff. de Milit. teſtament.* Quod aliqui ſimiliter dicendum putant, quando eſſet facta per codicillum inter liberos; quam opinionem veram credit Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 4. *num.* 4. Mihi tamen ſatis dubia videtur, & ab alijs etiam falſa indicatur, vt idem Zaſius fatetur, & videri poteſt latiùs apud Trentacinq. *d.cap.* 10. *num.* 9. vbi in vtramque partem plures DD. refert, & hanc opinionem periculoſam appellat.

§. 5. *Quando Pupillaris contineatur, vel non contineatur in Reciproca?*

SVMMARIVM.

QVando Reciproca facta eſt ſimpliciter pluribus impuberibus in poteſtate teſtatoris conſtitutis, continet Pupillarem, num. 911.

Quando Reciproca facta eſt duobus imparibus, ideſt, quorum alter eſt capax Pupillaris, alter verò incapax, non continet Pupillarem, etiam reſpectu capacis; num. 912. *Hoc tamen multas habet limitationes, & non paucæ aſsignantur, num.* 913.

Quando vni puberi, & alteri impuberi facta eſt Reciproca Miſta cum Compen-

pen-

pendioſa, vt cùm dictum eſt, Eos inuicem ſubſtituo, quandocumque deceſſerint, *multi ſentiunt contineri in ea Pupillarem, num. 914. Alij verò tenent contrarium, & meritò, num. 915. & ſeq. Fallit autem hæc ſententia, quando talis ſubſtitutio non eſſet facta vno communi verbo, ſed duplici, num. 917. Fallit etiam quando in ipſa ſubſtitutione facta eſſet mentio pupillaris ætatis, num. 918. Excluditur quorumdam opinio prædictam fallentiam rejicientium, num. 919. Et procedit dicta fallentia, ſiue mater impuberis ſit in medio, ſiue non, numer. 920.*

Quando teſtator habens plures filios puberes, & duos ſaltem impuberes, eos omnes reciprocè ſubſtituit, an in tali caſu contineatur Pupillaris Reciproca reſpectu impuberum? Affirmant aliqui, communis tamen ſententia negat, numer. 921. Limitatur autem vt non procedat quando illi impuberes eſſent inſtituti conjunctim, & non ſimul cum alijs, num. 922.

Quando pater inſtituit duos filios impuberes, & quemdam extraneum, eoſque inuicem ſubſtituit, continetur ibi, ſecundùm aliquos, Pupillaris ſubſtitutio reſpectu impuberum, numer. 923. Contraria tamen ſententia eſt communis, & verior, numer. 924. Id verò limitatur niſi filij fuiſſent inſtituti conjunctim, & extraneus ſeorſim. Vel etiam, niſi inſtituti eſſent in maiori portione, licèt in inſtitutione eſſent ſeparati, num. 925.

Quando quis inſtituit, ac reciprocè ſubſtituit duos filios impuberes, quorum alter erat in poteſtate, & alter emancipatus quem poſtea adoptauit: vel quorum alter erat legitimus, alter naturalis quem poſtea legitimauit, non continetur in tali caſu Pupillaris, licèt aliqui contrariè opinentur, num. 926. & ſeqq. Limita, niſi ſufficienter conſtiterit, teſtatorem voluiſſe à principio etiam pupillariter illis imparibus reciprocè ſubſtituere, num. 929. Vel, niſi dixiſſet, ſe illis adinuicem ſubſtituere, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, *n. 930. Vel etiam, niſi ſtatim poſt teſtamentum adoptaſſet emancipatum, vel naturalem legitimaſſet, num. 931.*

Quando quis ita ſubſtituit duobus impuberibus Pupillaris ſubſtitutionis capacibus: Si alter eorum hæres non erit, ſubſtituo alterum, *non continetur ibi Pupillaris expreſſa, etiam verbis generalibus, ſed ſolùm tacita, matrem pupilli non excludens, num. 933.*

Quid, quando Reciproca facta eſt ſimpliciter duobus impuberibus Pupillaris capacibus, quorum alter poſtea effectus eſt incapax per emancipationem? Vel, cùm alter peruenit ad pubertatem, & alter poſtea deceſſit antequam factus eſſet pubes? num. 933. remiſsiuè.

IN hac quæſtione conſtat ante omnia, 911
quando Reciproca facta eſt ſimpliciter duobus, aut pluribus impuberibus ſub poteſtate teſtatoris conſtitutis, contineri in ea Pupillarem: ſic habetur in *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari,* & in *Ordin. Luſit. lib. 4. tit.* 87. §. 6. quæ addit, talem ſubſtitutionem non debere appellari tacitam, ſed expreſſam verbis generalibus; id quod etiam communis ſententia affirmat, & conſtat ex ſupradictis §. 3. *num.* 906.

Conſtat præterea, quando Reciproca 912
facta eſt duobus diſparibus, ideſt, quorum vnus eſt capax Pupillaris ſubſtitutionis, alius verò incapax, vt ſi vnus eſt pubes, & alter impubes, tunc Pupillarem in ea non contineri, etiam quoad impuberem, ſeu capacem. Ita expreſsè habetur *in d. l. Iam hoc jure,* ea ratione, quia alioqui non ſeruaretur æqualitas; ſiquidem deficiente pubere, non poſſet impubes ſuccedere ex Pupillari, cùm hæc puberibus fieri non poſsit, & tantùm ſuccederet ex Vulgari, ſi caſus eueniſſet; deficiente autem impubere, poſſet pubes ſuccedere, tum ex Pupillari, tum ex Vulgari, prout caſus earum eueniret: quam inæqua-

litatem Reciproca non admittit: tum quia hæc eſt natura talis ſubſtitutionis, eo ipſo quòd eſt Reciproca, vt declarauimus §. 1. *in princip.* tam ob eam regulam, quòd quando aliquid eadem verborum conceptione determinatur ad plura, intelligi debet pariformiter determinari: a qua regula non receditur, niſi aliqua neceſsitas cogat, Alex. *in l. In teſtamento, num.* 2. *& 3. Cod. de Teſtamment. milit.* Socin. ſen. *in l. Cum auus, numer.* 53. *verſ. Nec diuerſitas, ff. de Condit. & demonſtr.* Vnde in caſu præſenti non ſolùm non continetur Pupillaris Expreſſa, ſed nec etiam Tacita, quaſi ſubintellecta ſub Expreſſa Vulgari ibi contenta ex parte impuberis, quia in hoc etiam daretur inæqualitas, & non pariformis determinatio, cùm ſub Vulgari Expreſſa ex parte puberis talis tacita intelligi nequeat, & ita docent Barthol. *in l.* 1. *numer.* 34. *ff. de Vulgari,* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 14. *numer.* 15. *aliàs,* 20. *in nouiſsima edit.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 36. *numer.* 28. *& præſumpt.* 60. *numer.* 26. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 1. *cap.* 11. *numer.* 3. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitution. quæſt.* 257. *numer.* 15. licèt aliqui repugnent, quos idem Fuſar. refert, & refellit.

913 Prædicta verò concluſio multis modis limitatur. Primò, quando in teſtamento eſt clauſula, quòd valeat omni meliori modo quo poteſt. 2. quando teſtator grauaſſet ſubſtitutum reſtituere etiam bona pupilli, 3. quando teſtator dixiſſet: alter alteri ſuccedat ſine diminutione, 4. quando in ſubſtitutione eſt appoſita clauſula, *Vulgariter, Pupillariter, & per Fideicommiſſum.* In omnibus enim his caſibus Reciproca dictis imparibus facta continet Pupillarem ex parte impuberis, ſeu perſonæ capacis, vt relatis multis tradit Fuſar. *dict. quæſt.* 257. *numer.* 24. *& ſequentib.* Quarum omnium limitationum ea eſt generalis ratio, quia in dictis caſibus intelligitur eam eſſe teſtatoris voluntatem; cui in præſenti materia ſtandum eſt, *d. l. Iam hoc iure, ff. de Vulgari,* Barthol. *in dict. l. Lucius, numer.* 6. *ff. eod.* & cæteri communiter.

Plures autem ſunt caſus, in quibus dubitatur, an Pupillaris contineatur in Reciproca, præſertim imparibus facta: primus caſus eſt, quando vni puberi, & alteri impuberi facta eſt Reciproca Miſta cum Compendioſa, vt ſi dictum ſit, *Eos inuicem ſubſtituo, quandocumque deceſſerint.* In hoc caſu contineri Pupillarem, ſentiunt Paul. Caſtr. *in l. In teſtamento, numer.* 4. *Cod. de Teſtament. milit.* & ibi Decian. *numer.* 7. *verſ. Et retenta,* Aret. *in d. l. Iam hoc iure, ad fin. ff. de Vulgari,* Coraſ. *in l.* 2. *numer.* 12. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Pariſ. *conſil.* 36. *numer.* 36. *lib.* 2. Socin. jun. *conſil.* 121. *numer.* 28. *& ſeq. lib.* 1. & alij apud Menoch. & Fuſar. *infra citat.* Mouentur primò, quia in tali Reciproca ratione Compendioſæ admiſtæ continetur Fideicommiſſaria, quæ eſt oneroſa, vtpote inducens onus reſtitutionis: ergo à fortiori continebitur etiam Pupillaris, quæ eſt fauorabilis, *l. Ex tribus,* cum Gloſ. *Cod. de Inoffic. teſtament.* Secundò, quia Compendioſa Reciprocæ adjuncta efficit vt ipſa Reciproca determinetur difformiter quoad caſus, vt ſcilicet pro caſu, quo vnus ex inſtitutis non extiterit hæres, ſuccedat alter ex Vulgari; & pro caſu, quo hæres extiterit, ſuccedat alter ex Fideicommiſſaria: ergo etiam efficiet vt determinetur difformiter quoad perſonas, vt ſcilicet impuberi poſsit pubes ſuccedere per Pupillarem, quanuis puberi nequeat impubes ſimiliter ſuccedere, ſed tantùm per Vulgarem, vel Fideicommiſſariam. Tertiò denique quia Compendioſa facta impuberi continet ſuâpte natura Pupillarem, etiamſi verbis communibus facta ſit, vt per Barthol. *in l. Precibus, numer.* 16. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & magis communem. Ergo illam etiam continebit, quando fuerit Reciprocæ admiſta, cùm naturam ſuam retinere debeat. 914

Contrariam nihilominus ſententiam 915 tenent meritò Barthol. *conſil.* 41. *numer.* 1. *& conſil.* 57. *num.* 4. *lib.* 1. Ripa *in d. l. Lu-*

Lucius, numer. 17. *ff. de Vulgari*, Bald. *in l. In teſtamento, ſub numer.* 8. *Cod. de Teſtament. milit.* & ibi Roman. Imola, Pontan. & Alex. Alciat. *in l. Vel ſingulis, numer.* 41. *ff. de Vulgari*, multique alij, quos citant & ſequuntur Emman. Coſta *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Perſonis, numer.* 3. *verſ. Veruntamen, de Teſtament. in* 6. vbi dicit in judicando, & conſulendo hanc ſententiam eſſe probandam, Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *numer.* 26. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 5. *cap* 4. *ſub numer.* 3. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *numer.* 48. licèt eam non ſi met, & Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 257. *numer.* 12. qui innumeros refert. Fundamentum eſt, quia etiam in hoc caſu militat ratio pariformis determinationis, & æqualitatis ſeruandæ, ſicut in ſimplici Reciproca imparibus factâ, de qua *ſupra, numer.* 88. cùm hæc æqualitas ſit de natura Reciprocæ, per quam ipſa Compendioſa, quando ei adjungitur, regulanda eſt.

916 Nec obſtant in oppoſitum adducta. Ad primum namque reſpondetur, mirum non eſſe, quòd in dicta Reciproca contineatur Fideicommiſſaria; quia licèt ſit oneroſa, tamen hoc ipſum onus æqualiter vtrique perſonæ, ideſt tam puberi, quàm impuberi, conuenit, & ſic non tollit æqualitatem Reciprocæ: at verò Pupillaris non conuenit vtrique; & ideo, ne detur inæqualitas, admittenda non eſt, quantumuis ſit fauorabilis. Ad ſecundum reſpondetur, negando conſequentiam, quia difformitas quoad caſus optimè ſtat cum pariformitate quoad perſonas; cùm tam in pubere, quàm in impubere locum habere poſſit illa caſuum difformitas: vnde ex eo quòd ratione Compendioſę dicta Reciproca determinetur difformiter quoad caſus, non ſequitur, quòd etiam determinetur difformiter quoad perſonas; nec id eſt admittendum, cùm ſit contra rationem Reciprocæ. Ad tertium reſpondetur, licèt Compendioſa facta ſimpliciter impuberi contineat ſuâpte naturâ Pupillarem; ſecus tamen eſſe, quando eſt conjuncta cum Reciproca facta imparibus; quòd tunc refragetur voluntas teſtatoris, qui præſumitur voluiſſe pariformiter inter eos diſponere, eo ipſo quod eis reciprocè ſubſtituit, vt ex dictis conſtat. Vnde quoad hoc Reciproca trahit ad ſe Cōpendioſam, eique obſtat ne Pupillarem contineat.

Fallit autem hæc ſententia primò, ſi ſubſtitutio non ſit facta vno, & eodem 917 communi verbo, ſed duplici: vt ſi teſtator habens filium puberem, & filiam impuberem, eos inſtituiſſet, & deinde dixiſſet, *Quandocumque filius meus mortuus fuerit, ſubſtituo ei filiam meam, & ſi hæc priùs deceſſerit, ſubſtituo ei ipſum meum filium*, vel, *meus filius moriatur meæ filiæ, & hæc moriatur illi.* In hoc enim, & ſimilibus caſibus, continebitur Pupillaris reſpectu impuberis, vt bene cum alijs tradit Emman. Coſta *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Perſonis, numer.* 4. *de Teſtament. in* 6. & diximus *ſupra*, §. 1. *numer.* 889. Quòd tunc ſint plures ſubſtitutiones ſeparatæ, quarum quælibet per ſe æſtimatur abſque reſpectu ad aliam. Vnde in tali caſu non dicitur propriè fieri Reciproca: hæc enim debet eſſe Breuiloqua, ideſt, ſub vno & eodem communi verbo pluribus facta; ita vt quoad formam, & modum conceptionis ſit vnica ſubſtitutio, & non plures, vt notauimus *dict. numer.* 889. & tunc, quando ſcilicet vno communi verbo eſt facta, æqualitatem inducit, & non aliàs, vt per *d. l. Iam hoc jure*, ibi: *Hoc enim communi verbo, ff. de Vulgari.*

Fallit ſecundò, ſi in dicta ſubſtitutione 918 facta ſit mentio ætatis pupillaris; vt ſi teſtator habens quatuor filios, duos puberes, & duos impuberes, poſt eorum inſtitutionem ita dixerit, *Si aliquis eorum in pupillari ætate deceſſerit, vel aliàs quandocumque, ſubſtituo ſuperuenientes.* In hoc enim caſu continetur Pupillaris in perſona impuberum, ex qua, quolibet eorum ante pubertatem decedente, ſuperuenientes ſuccedent. Ita Decius *in l. In teſtamento*, 1. *numer.* 7. *Cod. de Teſtament. milit.* Curt. jun. *in l.* 2. *numer.* 10.

Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. Alciat. *in l. Lucius, numer.* 28. *& ſequent. ff. de Vulgari*, Emman. Coſta *in dict. verb. Perſonis, numer.* 7. Cuman. *conſil.* 16. *numer.* 2. Corn. *conſil.* 142. *lib.* 4. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 8. *ſub numer.* 9. & multi alij, quos citant & ſequuntur Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *numer.* 30. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 5. *cap.* 4. *ſub numer.* 4. & Fuſar. innumeros referens *dict. quæſt* 257. *numer.* 18 Probatur primò quia alioqui fruſtra eſſet facta mentio ætatis Pupillaris contra reg. *l. Si quando, in princip. ff. de Leg.* 1. Secundò, quia in hoc caſu concurrunt duæ rationes, ſeu præſumptiones valde vrgentes pro Pupillari admittenda; vna eſt, quòd facta eſt mentio ætatis pupillaris: altera eſt, quòd in dubio debet ſubſtitutio interpretari magis Directa, quam Fideicommiſſaria, *cap. Si pater, de Teſtament. in* 6. quę duæ rationes ſimul ſumptæ præualent illi rationi, quòd vna determinatio reſpiciens plura determinabilia ęqualiter debet determinare, juxta regulam *dict. l. Iam hoc jure*, qua vnica ratione prædicta ſententia principalis, quam hic limitamus, ſubnixa eſt. Tertiò denique, quia diſparitas perſonarum non impedit, quominus impuberi cenſeatur facta Pupillaris ſubſtitutio, quando ex conjecturis colligi poteſt ſic teſtatorem voluiſſe, vt continetur, *in d. l. Iam hoc jure, & in dict. l. In teſtamento, Cod. de Teſtament. milit.* in præſenti autem ſatis apparet eam fuiſſe mentem teſtatoris, cùm formam Pupillaris expreſſerit.

919 In contrarium tamen ſtant Alex. *in dict. l. In teſtamento, fine*, & ibi Jaſ. *numer.* 4. Ripa *in l. Centurio, in fine, & in dict. l. Lucius, numer.* 18. *ff. de Vulgari*, Corneus ſibi contrarius *conſil.* 180. *lib.* 1. Guilhel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si abſque liberis, in materia Reciprocæ, numer.* 36. *de Teſtament* Joan. Dilect. *tract. de Arte teſtandi, tit. de Subſtitution. cautela,* 7. *numer.* 1. & alij apud Fuſar. *ſup. numer.* 20. Quorum ſententia non placet; quia ſolùm fundatur in prædicta ratione æqualitatis ſeruandæ vbi eſt vna determinatio reſpiciens plura determinabilia: quæ ratio ex fundamentis adductis pro prædicta limitatione ſatis excluſa eſt.

Neque etiam placet diſtinctio, quam 920
facit Lancelot. Galliaula *in Repetit ad l. Centurio, numer.* 363. *verſ. Ego hoc paſſu, ff. de Vulgari*, vbi dicit, dictam fallentiam procedere, ſi mater impuberis non ſit in medio: ſecus autem ſi extet; quòd tunc Pupillari admittendæ obſtet præjudicium, quod matri ſequeretur; cùm eâ ſubſtitutione admiſſâ, excludenda ſit à ſucceſsione filij. Hæc, inquam, diſtinctio non placet, quam etiam rejiciunt Alciat. *in dict. l. Lucius, numer.* 9. Coſta *ſupra, numer.* 6. *verſ. Contrarium, ad fin.* & Menoch. *dict. præſumpt.* 60. *numer.* 33. idemque ſentit Cuman. *dict. conſil.* 16. vbi tenet contra matrem, quæ contendebat dictam ſubſtitutionem non eſſe Pupillarem Directam. Et ratio patet; quia reſpectus matris nihil debet valere contra filios teſtatoris, quando contendunt ad ſe pertinere hæreditatem fratris impuberis ex Pupillari ipſis factâ, cùm filij ſint perſonæ magis teſtatori dilectæ, quàm vxor.

Secundus caſus eſt, quando teſtator 921
habebat vnum, vel plures filios puberes, & duos ſaltem impuberes, eoſque omnes inſtituit; & adinuicem ſubſtituit. In quo caſu dubitatur, vtrùm in tali ſubſtitutione contineatur Pupillaris inter illos impuberes? Affirmant aliqui, vt Guilliel. de Cun. Rayner. Alber. & alij apud Trentacinq. *infra citat.* Communis tamen, & verior ſententia negat. Hanc tenent Barthol. *in dict. l. Lucius; num.* 8. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 14. Jaſ. *numer.* 14 vbi teſtatur de communi, Zaſ. *numer.* 16 Ripa *numer.* 22 & Alciat. *numer* 30. Aretin. *in l. In teſtamento,* 1. *num.* 4. *Cod. de Teſtam milit.* & ibi Salic. & Roman. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si abſque liberis,*

Digitized by Google

ris, in materia Reciprocæ, num. 37. *de Teſtament.* Bald. *tract. de Subſtitution. tit. de Reciproca, numer.* 8. Barthol. de Hucio *tract. de Subſtitution. cap.* 4. *numer.* 7. Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 4. *numer.* 6. *& ſequent.* Leon. *de Subſtitution. in materia Reciprocæ, numer.* 44. *& ſequentib.* Emman. Coſta *in dict. cap. Si pater,* 3. *p. verb. Perſonis, numer.* 5. *&* 7. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *numer.* 35. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 5. *cap.* 5. *numer.* 1. Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 257. *numer.* 33. & multi alij, quos refert. Fundamentum eſt, quia ſi contineretur Pupillaris inter illos impuberes, non fieret pariformis determinatio ad omnes inſtitutes, quod eſt contra rationem Reciprocæ ſub vno communi verbo conceptæ, qualis eſt hæc: in qua proinde eadem eſt ratio excludendi Pupillarem atque quando ſolùm eſſet facta duobus imparibus, juxta *d. l. Iam hoc jure.*

Limitatur autem hæc reſolutio, vt non
922 procedat, quando illi impuberes eſſent inſtituti conjunctim, & non ſimul cum alijs, tunc enim in Reciproca omnibus facta præſumentur conjunctim vocati, & continebitur Pupillaris reſpectu eorum adinuicem, ac ſi eis ſeorſim facta eſſet Reciproca. Ita Barthol. *in d. l. Lucius, numer.* 8. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 7. *numer.* 4. *de Teſtament.* Bald. Barthol. de Hucio, & Leon *loco ſupra, citat.* Trentacinq. *dict. cap.* 1. *numer.* 2 multique alij, quos citant, & ſequuntur Menoch. *dict. præſumpt.* 60. *numer.* 36 & Fuſar. *dict quæſtion.* 257. *numer.* 38. Quæ opinio rectè probatur per text. *in l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, ff. de Vulgari,* licèt contrarium voluerit Ripa *in dict. l. Lucius, numer.* 22. vbi conatur declinare illum textum. Benè tamen eum refellit Trentac. *loco proximè cit.* rectiùs expendendo vim illius textus pro noſtra ſententia.

923 Tertius caſus eſt, quando pater inſtituit duos filios impuberes, & quemdam extraneum, & eos inuicem ſubſtituit. In hoc caſu ſentiunt contineri Pupillarem reſpectu impuberum, Bald. *in l. In teſtamento,* 1. *numer.* 4. & ibi Aretin. *Cod. de Teſtament. milit.* Ripa *in dict. l. Lucius, numer.* 24. Angel. *conſil.* 307. Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. *§. §.* 19. *numer.* 4. & alij. Præcipuum fundamentum hujus opinionis videtur eſſe, quia teſtator præſumitur magis diligere filios, quàm extraneum. Ergo licèt Pupillaris non poſſit habere locum reſpectu extranei, & ſic eâ admiſſâ, non ſeruetur æqualitas reſpectu omnium inſtitutorum, id non tollet quominus Pupillaris admittenda ſit reſpectu filiorum illius capacium; cùm ſit eis fauorabilis, & credendum non ſit teſtatorem noluiſſe filijs fauere, ob ſeruandam æqualitatem cum extraneo minùs dilecto.

Contraria tamen ſententia eſt communis, & verior: quam tenent Salic. *in dict. l. In teſtamento,* 1. *Cod. de Teſtament. milit.* & ibi Roman. & alij Alex. *in dict. l. Lucius, numer.* 14. *ff. de Vulgari,* & ibi Iaſ. *numer.* 14. Alciat. *numer.* 29. pluteſque alij, quos citant, & ſequuntur Menoch. *d. præſumpt.* 60. *numer.* 37. Trentacinq. *dict. cap.* 5. *numer.* 3. *juncto verſ. Ex prædictis, ad medium,* & Fuſar. *dict. quæſt.* 257. *numer.* 40. Probatur, quia in hoc etiam caſu militat ratio ſeruandæ æqualitatis, ob quam in præcedentibus caſibus ſtatuimus non contineri Pupillarem. Neque obſtat fundamentum ſuperioris ſententiæ: nam licèt communiter præſumatur plus à patre diligi filios, quàm extraneos, id tamen fallit, quando omnes promiſcuè, & pariformiter ad ſucceſsionem ipſius patris vocantur, vt in præſenti caſu, vbi ponimus filios teſtatoris, & illum extraneum conjunctim eſſe inſtitutos: vnde rectè præſumitur æqualiter etiam eſſe dilectos, & vocatos in ſubſtitutione: cùm ſubſtitutio per inſtitutionē regulari debeat, & ſoleat, vt per text. *in l.* 1. *C. de Impub & al. ſubſtit. & in § Subſtituitur, Inſt. de Pupillari, & in l Si plures, ff de Vulgari, & ſimil.* apud Mant. *lib.* 5. *de Conject. vlt. vol. tit.* 1. *n.* 20. *& tit.* 10. *num.* 1.

925 Si autem illi filij fuiſſent inſtituti conjunctim, & extraneus ſeorſim, tunc Reciproca omnibus facta continebit Pupillarem inter ipſos filios impuberes, quemadmodum in præcedenti caſu, *num.* 922. dictum eſt; eadem namque vtrobique eſt ratio; & ita docet Trentacinq. *d. verſ. Ex prædictis*. Item ſi illi impuberes non fuiſſent conjuncti in inſtitutione, ſed inſtituti ſeparatim, & in maiori portione, quàm extraneus, docet ſatis probabiliter idem Trentacinq. *loco cit.* contineri tunc in dicta Reciproca Pupillarem reſpectu ipſorum impuberum; quia cùm fuerint magis dilecti in inſtitutione, præſumendum eſt, quòd etiam magis fuerunt dilecti in ſubſtitutione; & ſic quòd reſpectu eorum voluit teſtator facere Pupillarem, cùm ad fauorem impuberum pertineat, quòd eis fiat Pupillaris, vt teſtati decedãt, *l. Si pupillus, ff. de Acquir. hæred.* Gloſ. & DD. *in l. Ex tribus, Cod. de Inoffic. teſtament.*

926 Quartus caſus eſt, quãdo quis inſtituit, ac reciprocè ſubſtituit duos filios impuberes, quorum alter erat in poteſtate, & alter emancipatus, quem poſtea adoptauit: vel quorum alter erat legitimus, alter naturalis, quem poſtea legitimauit. In hoc etiam caſu non contineri Pupillarem, ſentiunt meritò Barth. *in d. l. Lucius, numer.* 12. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 13. *&* 29. vbi teſtatur de communi, Iaſ. *num* 13 Alciat. *num.* 35. Angel. Imola, & cæteri communiter, Bald. *in d. l. In teſtamento*, 1. *Cod. de Teſtament. milit.* & ibi Angel. Salic. & Ludouic. Roman. Alex. *in l.* 2. *num.* 11. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin. jun. *num.* 55. *in fine*, pluresque alij, quos citant, & ſequuntur Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. *§.* 19. *num.* 13. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *num.* 39. Trentacinq *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 6 *num.* 10 & Fuſar. *de Subſtit. q.* 357. *num.* 46. licèt contrarium nonnulli ſenſerint. Ratio eſt, quia non præſumitur quòd teſtator habuit à principio voluntatem ſubſtituendi pupillariter per talem Reciprocam, cùm ſit facta perſonis, quæ erant impares; in quo caſu Pupillaris non præſumitur, etiam reſpectu perſonæ talis ſubſtitutionis capacis, *d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, cum autem à principio non fuerit facta Pupillaris, neque poſtea admittenda eſt, quaſi ex noua voluntate à teſtatore concepta, poſtquam illi impuberes effecti ſunt pares; quia vt Pupillaris de nouo induceretur, requirebatur noua diſpoſitio ſolemnis, *l. Hæredes palam, §. Si quid poſt, ff. de Teſtam.*

Nec obſtat quod Pupillaris etiam ex 927
conjectura capitur conſiderando tempus, quo teſtamentum fit, tunc enim diſpoſitio perfectionem recipit, *l.* 1. *ff. de Teſtament. l.* 4. *ff. de Adim. leg. §. Poſteriore, Inſt. Quib. mod. teſtam. infirm.* Socin. ſen. *conſil.* 6. *num.* 2. *lib.* 1. Menoch. *conſil* 97. *numer.* 149. *& conſil.* 106. *numer.* 340. Fuſar. *d. q.* 357. *num.* 47. Vnde cùm paritas inſtitutorum, quæ poſtea ſuperuenit, non fuerit à principio in mente teſtatoris, non poteſt ex ea ſumi conjectura ſufficiens ad dictam Pupillarem inducendam.

Neque etiam obſtat, quòd ad Pupillarem ſubſtitutionem non requiritur, quòd 928
inſtitutus ſit in poteſtate teſtatoris tempore quo fit teſtamentum, ſed ſolùm quando teſtator moritur, vt cum communiori, & probabiliori ſententia tradidimus *ſect.* 3. *hujus diſp. §.* 5. *num* 524 *& ſeqq* nam id procedit & verum eſt, quando conſtat teſtatorem voluiſſe à principio Pupillarem ſubſtitutionem facere, vt quando illam in ipſo teſtamento expreſſit, tunc enim voluntas illa fuit ſolemnis, & cenſetur durare vſque ad mortem teſtatoris, & ideo ceſſante impedimento in vita ipſius teſtatoris, vires accipit illa voluntas, & incipit valere ſubſtitutio. In præſenti autem caſu non præſumitur, quòd teſtator voluerit à principio ſubſtituere pupillariter, vt probatum eſt.

Si verò in aliquo euentu conſtiterit, 929
aut præſumptio fuerit, teſtatorem à principio voluiſſe vt in Reciproca dictis imparibus facta contineretur Pupillaris reſpectu vtriuſque, tunc fatemur eam debere admitti ex poſt facto, quo pares, ſeu capaces extiterunt tempore mortis teſtatoris.

toris. Sic relatis pluribus Menoch. *d. præſumpt.* 60. *num.* 45. & Fuſar. *d. q.* 257. *num.* 54.

Vnde limitari ſolet prædicta commu-
930 nis reſolutio, vt non procedat quando in
teſtamento dictum eſſet, quòd teſtator
illis imparibus admuicem ſubſtituit vul-
gariter, pupillariter, & per fideicommiſ-
ſum; quia per ejuſmodi clauſulam conſtat
teſtatorem voluiſſe à principio vtrique
ſubſtituere per Pupillarem, & tata ſatis eſt,
quòd tempore mortis teſtatoris fuerint
capaces, ad hoc vt illa admittenda ſit. Ita
in ſpecie Bald. *in d. l. In teſtamento,* 1 *q.*
9. *Cod. de Teſtament. milit.* Ripa *in d. l.*
Lucius, num. 31. *ff. de Vulg.* & ibi Al-
ciat. *num.* 28. Menoch *d. præſumpt.* 60.
num. 44. Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 13.
& cum multis alijs Fuſar. *dict. quæſt.* 257.
num. 56.

931 Limitatur etiam, quando teſtator ſtatim poſt teſtamentum adoptauit emancipatum, vel naturalem legitimauit; quia tunc præſumitur, quòd quando teſtamentum fecit habuit voluntatem, vt ſub Reciproca contineretur Pupillaris reſpectu vtriuſque: cùm ex his, quæ incontinenti fiunt, declaretur qualis fuerit animus præcedens, *l. Si ventri,* & ibi Barth. *ff. de Priuileg. credit.* Sic relatis alijs Menoch. *d. præſumpt.* 60. *num.* 42. Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 11. *&* 12 & Fuſar. *d. q.* 257. *num.* 51.

932 Quintus caſus eſt, quando Reciproca duobus inſtitutis Pupillaris capacibus his verbis facta eſt; *Si aliquis eorum hæres non erit, ſubſtituo alterum.* In hoc caſu videtur contineri Pupillaris verbis generalibus expreſſa; quia illud verbum, *Subſtituo,* eſt generale, quòd tam Vulgari, quàm Pupillari ſubſtitutioni congruit, & ita ſentit Decius *in d. l. In teſtamento,* 1. *num.* 18. *Cod. de Teſtament. milit. & in l. Precibus, num.* 2. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Nihilominus communis, & vera ſententia eſt, non contineri in tali caſu Pupillarem ratione Reciprocæ, contineri tamen Pupillarem Tacitam in Expreſſa Vulgari comprehenſam. Ita ſentiunt Barth. *in d. l. Lucius, num.* 19. *ff. de Vulgari,* & ibi Imola *num.* 3. Alex. *numer.* 13. Jaſ. *num.* 13 & Ripa *numer.* 40. qui teſtatur de communi Alex. *in d. l. Precibus, col. pen. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Seuer. *num.* 13. *fine,* & Ripa *num.* 617. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 13. *num.* 5 Menoch. *d. præſumpt.* 60. *num* 47. *numer.* 1. & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 257. *num.* 55. Ratio eſt, quia in hoc caſu reſtrinxit ſe teſtator ad Reciprocam Vulgarem; cùm ſubſtitutionem fecerit ſub expreſſa, & ſpecifica forma Vulgaris: & ideo ex vi talis Reciprocæ non continetur vlla alia ſubſtitutio expreſſa, etiam verbis generalibus; ſed ſolùm continetur Tacita Pupillaris ratione Vulgaris Expreſſæ, quæ regulariter Tacitam Pupillarem inducit, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Unde in tali caſu non excluditur mater pupilli ab illius ſucceſsione, vt notat Barthol. *citat.* & cum multis alijs Mantica *d. numer.* 5. Quod ſecus eſſet ſi Reciproca eſſet facta ſimpliciter, quia tunc contineret tam Vulgarem, quàm Pupillarem Expreſſam verbis generalibus: mater autem per Expreſſam Pupillarem excluditur, etiam ſi tantùm ſit expreſſa verbis generalibus, vt ſuo loco probatum eſt: & ita docent Barth. & Mantic. *loco citato.*

Sextus caſus eſt, quando Reciproca 933
facta eſt ſimpliciter duobus impuberibus Pupillaris capacibus, quorum alter poſtea effectus eſt incapax per emancipationem: in quo caſu dubitatur, vtrum Pupillaris, quę à principio in perſona vtriuſque locum habuit, ceſſet poſtea non ſolùm in perſona ejus, qui emancipatus eſt, ſed etiam in perſona alterius; & ſimilis dubitatio eſt, quando vnus ex illis impuberibus peruenit ad pubertatem, & alter poſtea deceſsit, nondum ætatem pupillarem egreſſus. At his dubitationibus jam ſufficienter reſponſum eſt *ſect.* 3. *hujus diſp.* §. 20. *num.* 741. *& ſub num.* 744. Siquis tamen longiorem diſputationem circa hunc caſum deſideret videat Manticam *lib.* 1. *de Conjectur. vltim, volunt. tit.* 12. Menoch. *d. præſumpt.* 60. *à numer.* 64. Trentacinq *de Subſtit. p.* 5. *cap.* 6 *num.* 4.

& Fuſar. *dict. quæſt.* 257. *à num.* 58.

§. 6. Quando Reciproca contineat Exemplarem ſubſtitutionem?

SVMMARIVM.

*Q*Vando Reciproca facta eſt ſimpliciter duobus, vel pluribus mentecaptis, & nulli alij, continet Exẽplarem: & ſi ſint puberes, continet etiam Vulgarem, ſi verò ſint impuberes, continet tam Exemplarem, quàm Vulgarem, quàm etiam Pupillarem; numer. 934.*

Si Reciproca facta ſit duobus, quorum alter ſit impubes ſanæ mentis, alter verò pubes furioſus; an tunc contineat, Exemplarem reſpectu furioſi, & Pupillarem reſpectu impuberis? Vna ſententia affirmat; num. 935. Alia probabiliùs negat; numer. 936. Si tamen tali Reciprocæ admiſta eſſet Compendioſa, & facta eſſet mentio dementiæ, Exẽplaris continebitur; num. 937.

934 IN hac quæſtione certum eſt, Exemplarem contineri in Reciproca, quando hæc facta eſt ſimpliciter duobus aut pluribus mentecaptis, & nulli alij. In quo caſu ſi tales mentecapti ſint puberes, continetur ſimul Vulgaris, & Exemplaris, vtraque verbis generalibus expreſſa; cùm verba vtrique in generali conueniant; & ſi ſint impuberes, continetur Vulgaris, Pupillaris, & Exemplaris, ob eandem rationem. Et ita cum Barth. & alijs Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *num.* 63. *& ſeq.*

935 Si autem Reciproca ſimpliciter facta fuerit duobus, quorum alter ſit impubes ſanæ mentis, alter verò pubes furioſus, dubiæ quæſtionis eſt, an in tali Reciproca contineatur Exemplaris ex parte furioſi, & Pupillaris ex parte impuberis? Affirmatiuam ſententiam tenent Imola *in d. l. Lucius, ff. de Vulgari,* & ibi Jaſ. *num* 22. Alciat. *num.* 39. & Claud. *col.* 4. qui dicit eſſe communem, Polit. *de Subſtitut. tit. de Reciproca, num.* 6. Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 4. *num*[illegible]. & Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. *§.* 19. *numer.* 22. Mouentur, quia licèt appareat aliqua difformitas in eo quòd illa Reciproca ſolùm reſpectu vnius contineat Exemplarem, & reſpectu alterius Pupillarem, talis difformitas non tollit æqualitatem, quam teſtator cenſetur per Reciprocam intendere, juxta *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari,* nam licèt ſubſtitutio Exemplaris, & Pupillaris ſint diuerſæ rationis, tamen cùm vna fiat ad ſimilitudinem alterius, ita ſunt ſimiles, vt par vtriuſque ſit vtilitas, tam reſpectu inſtituti, quàm ſubſtituti; ac proinde non debet cenſeri inæqualitas, quòd in dicta Reciproca contineatur Pupillaris ex parte vnius, & Exemplaris ex parte alterius: ſublata autem inæqualitate, nulla eſt ratio, cur admittendæ non ſint; cùm vtrique filio ſint vtiles, & pater ſemper in dubio præſumatur velle id, quod filijs eſt vtile, *l. fin. in princip. Cod. de Curat. furioſi.*

Contrariam tamen ſententiam tenent 936
meritò Barthol. *in d. l. Lucius, num.* 16. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 17. Ripa, *num.* 33. vbi teſtatur de communi, & Zaſ. *num.* 12. *in fine, & num.* 17. Alber. *in rubr. de Vulgari, in materia Reciprocæ, num.* 13. Faber. *in §. Qua ratione, num.* 31. *Inſtit. de Pupillari,* Leon. *de Subſt. in Materia Reciprocæ, num.* 91. Bald. *de Subſtitut. tit. de Reciproca, numer.* 14. Barthol. de Hucio *de Subſtitut. cap.* 4. *num.* 11. Menoch. *d. præſumpt.* 60. *num.* 66. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 7. *prope finem,* & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 259. *num.* 2. & hæc eſt communis ſententia, vt etiam Aduerſarij fatentur. Fundamentum eſt, quia Reciproca ita debet intelligi vniformis reſpectu eorum, quibus fit, vt illas tantùm ſubſtitutiones contineat, quæ omnibus, & ſingulis eorum perſonis conueniant, vt planè conſtat ex *d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & ex l. Quamuis, in fine, Cod. de Impub. & alijs*

alijs ſubſtitut. & ex l. In teſtamento, 1. *Cod. de Teſtament. milit.* In præſenti autem, neque Pupillaris, neque Exemplaris conuenit vtrique inſtituto: ergo neutra illarum in tali Reciproca continetur, ſed Vulgaris tantùm, cujus vterque eſt capax. Nec refert, quòd illæ ſubſtitutiones ſunt ſimiles: nam hæc ſimilitudo eſt tantùm ſecundùm quid: reipſa autem in multis differunt, vt patet ex earum definitione, & conditionibus, de quibus *ſupra, per totam ſect.* 3. *&* 4.

937 Limitat autem hanc ſententiam Fuſar. *ſupra numer.* 4. poſt Menoch. quem refert, vt non procedat, quando illi Reciprocæ admiſta eſſet Compendioſa, & facta eſſet mentio dementiæ; tunc enim Exemplaris continebitur.

§. 7. *Quando Reciproca Fideicommiſſariam contineat?*

SUMMRAIUM.

F*Ideicommiſſaria continetur in Reciproca, quando id à teſtatore fuerit expreſſum, vt ſi dixit*; Eos inuicem ſubſtituo, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum; *num.* 938.

Reciproca facta ſimpliciter per Fideicommiſſum, vt cùm dictum eſſet; Eos inuicem ſubſtituo, per fideicommiſſum, *cenſetur purè facta, & eſt inutilis; numer.* 939.

Quando Reciproca fuerit facta cum clauſula, Vulgariter, Pupillariter, & per Fideicommiſſum, poteſt ſubditus ſuccedere ex Vulgari, Pupillari, & Fideicommiſſaria, prout caſus talium ſubſtitutionum euenerit, & quomodo id intelligendum ſit? num 940.

Item quomodo intelligendum ſit, quando ſolum dictum eſſet, Vulgariter, & per Fideicommiſſum? num. 941.

Fideicommiſſaria continetur in Reciproca, quando hæc fuerit conjuncta cum Compendioſa; Eos inuicem ſubſtituo, quandocumque deceſſerint; *vel*, ſiquis eorum ſine liberis deceſſerit, eos inuicem ſubſtituo; *num.* 942.

Reciproca continet Fideicommiſſariam, quando ex conjecturis, vel ex verbis antecedentibus, aut conſequentibus colligi poteſt, eam fuiſſe voluntatem teſtatoris; *num.* 943.

Reciproca facta in codicillis continet Fideicommiſſariam, & vtrum hoc procedat, ſi fuerit facta à patre inter liberos præſertim impuberes? num. 944.

Vtrum Pupillaris facta in codicillis, & ſic Fideicommiſſaria, finiatur pubertate? Reſpondetur diſtinguendo tres caſus; *num.* 945. *& ſeqq.*

Plures alij ſunt caſus, in quibus Reciproca continet Fideicommiſſariam, qui remittuntur videndi apud Fuſar. numer. 948.

Vtrum Fideicommiſſaria contineatur in Reciproca facta ſimpliciter in teſtamento: quo ſcilicet teſtator, inſtitutis pluribus, ſimpliciter dixit; Eos inuicem ſubſtituo? *Vna ſententia affirmat*; *num.* 949. *Communis tamen ab omnibus fere recepta negat, & multis fundamentis probatur*, *num.* 950. *& & ſeqq. Reſpondetur fundamentis contrariæ*; *num.* 954. *Limitatur dicta communis, vt non procedat, quando in teſtamento fuit appoſita clauſula Codicillaris: ſed non placet hæc limitatio*; *num.* 955.

HAc in re conſtat primò, Fideicommiſſariam ſubſtitutionem contineri in Reciproca, quando teſtator id expreſſerit, *l. Recuſare*, *§. Titius*, *ff. Ad Trebel.* vnde citra dubium apud omnes eſt, contineri Fideicommiſſariam, ſi teſtator dixerit; *Quos inuicem ſubſtituo vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum.* Imola *in dict. l. Lucius*, & ibi Alex. *num.* 19. Ripa *num.* 46. & alij communiter, *ff. de Vulgari*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 5. *num.* 7. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *n.* 84. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 938

cap. 10. *numer.* 12. & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 260. *numer.* 31.

939 Pro declaratione tamen hujus concluſionis aduerte, quando Reciproca eſſet facta ſimpliciter per fideicommiſſum, vt dicente teſtatore; *Eos inuicem ſubſtituo fideicommiſſariè, ſeu per fideicommiſſum,* talem Reciprocam Fideicommiſſariam cenſeri purè factam, vt ſcilicet ei locus ſit ſtatim poſt aditam hæreditatem per honoratos; & non oporteat expectari aliud tempus, quo debeant hæreditatem, ſeu portiones ſuas adinuicem reſtituere: proindeque talem Reciprocam eſſe inutilem; ſiquidem tantùm daret vnus, quantum ab alio reciperet. Ita ſumitur *ex l. Ab omnibus,* 107. *§. In teſtamento, in fine,* vbi Barthol. *ff. de Leg.* 1. & docent communiter DD. idem Barth. *in l.* 1. *q.* 11. *ff. de Iure codicil. & in l. Siquis ſeruum,* & ibi alij DD. *ff. de Condit. & demonſtr.* Peregrin. *de Fideicommiſsis, art.* 34. *in fine,* & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtitution. q.* 474. *num.* 1.

940 Quando autem appoſita eſſet clauſula, *Vulgariter, Pupillariter, & per Fideicommiſſum;* tunc juxta receptiorem ſententiam intelligitur, vt Vulgaris habeat locum, non adita hæreditate; Pupillaris, moriente inſtituto in pupillari ætate; & Fideicommiſſaria, ſi ſit hæres, & decedat poſt pubertatem. Ita Cyn. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Dec. Barth. *in l. Centurio, numer.* 38. & ibi Ripa *numer.* 78. *ff. de Vulgari,* Imola *in l. Recuſare, §. Titius, ff. Ad Trebel. & in d. l. Lucius,* & ibi Ripa, *num.* 46. *ff. de Vulgari,* & cum multis alijs Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 18. *num.* 11. vbi dicit ita fuiſſe judicatum, *& d. art.* 34. *in fine,* Trentacinq. *d. cap.* 10. *ſub numer.* 14. & Fuſar. *d. q.* 474. *num.* 3. Cujus reſolutionis plures afferuntur rationes; præcipua verò eſt, quia teſtator apponendo hanc clauſulam conſiderauit tria tempora, primùm ante aditam hæreditatem, vt habeat locum Vulgaris: ſecundum poſt aditam, moriente filio ante pubertatem, vt ſit locus Pupillari: tertium poſt aditam, moriente filio poſt pubertatem, vt tunc veniat ſubſtitutus ex Fideicommiſſaria: nam ſi diceremus, quòd ſtatim poſt aditam hæreditatem locus erit Fideicommiſſariæ, ſequeretur abſurdum, ſcilicet, priùs eſſe locum Fideicommiſſariæ, quàm Pupillari, contra mentem teſtatoris. Cæterùm in electione ſubſtituti erit, venire per quam ſubſtitutionem voluerit, nempe ex Vulgari in caſu ſuo, ex Pupillari etiam in caſu ſuo, ſi perſonæ ſint tales, in quibus Pupillaris habeat locum: & ſi ex illis venire nolit, poterit venire per Fideicommiſſariam, etiam adueniente caſu illarum, præſertim Vulgaris: ſic cum Barth. & multis alijs Trentacinq. *dict. cap.* 10. *in fine,* & latiùs id explicans Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumpt.* 63. *per totam.* Dixi, præſertim Vulgaris, quia fortè probabilius eſt, quòd eueniente caſu Pupillaris, non poteſt talis ſubſtitutus venire per Fideicommiſſariam, ſi pupillus adiuit, vt cum multis alijs tradit, & bene probat Menoch. *num.* 13. contra Barthol. & alios quos *ibidem* refert.

Si verò ſolùm dictum eſſet, *Vulgariter, & per Fideicõmiſſum,* dicit Peregrin. *dict. art.* 34. *fine,* & Fuſar. *d. quæſt.* 474. *num.* 7. videri fideicommiſſum eſſe purum, & non referri in tempus mortis, per text. *in d. l. Recuſare, §. Titius, ff. Ad Trebel.* Vnde cùm ſit reciprocum erit inutile, & vanum, juxta ſupradicta. Quod intellige, ſi hæredes grauati inſtituti ſunt in portionibus æqualibus: nam ſi inſtituti ſint inæqualiter, Reciproca Fideicommiſſaria purè inter eos facta erit vtilis & valida, vt notat Barthol. *in d. l.* 1. *q.* 11. *in fine, ff. de Iure codicil.* & cum alijs Fuſar. *ſupra, num.* 10. 941

Conſtat ſecundò, contineri Fideicommiſſariam in Reciproca, quando hęc fuerit conjuncta cum Compendioſa, vt ſi dictum ſit; *Eos inuicem ſubſtituo, quandocumque deceſſerint.* Illud enim verbum, *Quandocumque,* cùm habeat tractum temporis ſucceſsiuum, inducit Compendioſam complectentem tempus ante, & poſt aditam hæreditatem; & ſi ratione il- 942

lius

lius continetur in dicta Reciproca tum Vulgaris pro tempore ante aditam, tum Fideicommiſſaria poſt aditam, relata in tempus, quo aliquis eorum deceſſerit. Barthol. *in d. l. Lucius, num.* 5. *&* 20. *ff. de Vulgari*, & ibi Iaſ. *num.* 39. *fine*, & Ripa, *num.* 46. dicens hoc ab omnibus receptum eſſe, Angel. *conſil.* 151. *num.* 1. *ad fin. & conſil.* 307. *num.* 3. *in fine*, Corn. *in l. In teſtamento, num.* 3. *verſ. Sed dubitari poteſt, & num.* 4. *Cod. de Teſtam. milit.* & alij quos citant, & ſequuntur Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 4. *num.* 6. Menoch. *d. præſumpt.* 60. *fine*, Trentacinq. *d. cap.* 10. *numer.* 5. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 260. *num.* 29. Idem dicendum quando teſtator dixerit; *Siquis eorum ſine liberis deceſſerit, eos inuicem ſubſtituo*: quia hujuſmodi conditio habet tractum temporis; & ſic efficit vt illa Reciproca ſit ſimiliter conjuncta cum Compendioſa, & referatur tam ad tempus ante aditam hæreditatem, quàm poſt aditam, & conſequenter Fideicommiſſariam contineat. Atque ita ſcribunt Imola *in d. l. Lucius, numer.* 12 *verſ. Aut appoſita eſt, ff. de Vulgari*, Roland. à Valle, *conſil.* 25. *numer.* 10. *& infra, lib.* 1. Mantica *d. num.* 6. *in fine*, & cum alijs Fuſar. *d. q.* 260. *num.* 30.

943 Conſtat tertiò, contineri Fideicommiſſariam in Reciproca, quando ex Conjecturis, vel ex verbis antecedentibus, aut conſequentibus, colligi poteſt teſtatorem id voluiſſe. Fulgoſ. *in l. Si pater tuus, Cod. de Fideicommiſ.* & ibi Caſtr. Jaſ. *in d. l. Lucius, num.* 14. & ibi Ripa *num.* 43. & Alciat. *num.* 47. Bened. Capra *conſil.* 7. *num.* 21. Mantica *d. tit.* 4. *ſub num.* 7. Menoch. *d. præſumpt.* 60. *num.* 70. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 10. *num.* 11. Fuſar. *d. q.* 260. *num.* 39. & alij. Quia voluntas teſtatoris ex contextu teſtamenti concipitur, *l. Si ſeruus plurium, §. fin. ff. de Leg.* 1. *& ſimil.* & voluntas teſtatoris totum facit, *l. Ex facto, §. Rerum autem Italicarum, ff. de Hæred. inſtit.* ac præſertim in fideicommiſſis ſola ſpectatur, *l. pen. ff. de Leg.* 1. *cum ſimil.*

944 Conſtat quarto, Reciprocam factam in codicillis continere Fideicommiſſariam, vt jam *ſupra §.* 4. *num.* 910. à nobis declaratum eſt. Quæ reſolutio, licèt à multis limitetur, vt non procedat quando Reciproca eſſet facta à patre inter liberos, præſertim impuberes in poteſtate conſtitutos; quòd tunc videatur continere ſubſtitutiones Directas, argum. *l. Militis codicillis, ff. de Milit. teſtam.* vbi militi conceditur poſſe directò ſubſtituere in codicillis: attamen etiam in illo caſu hanc reſolotionum procedere, probabilius tenent alij, quos citant & ſequuntur Trentacinq. *d. cap.* 10. *ſub* 9. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 8. *ſub num.* 25. vbi multis argumentis hanc ſententiam confirmat, & contrarijs reſpondet. Unde juxta hanc ſententiam, ſi pater filijs impuberibus in poteſtate conſtitutis pupillariter ſubſtituat in codicillis, talis ſubſtitutio non erit directa Pupillaris, ſed Fideicommiſſaria.

Si verò petas, vtrùm talis Fideicommiſſaria finiatur pubertate; diſtinguendi ſunt tres caſus.

Primus caſus eſt, quando fuit facta verbis ſpecificis, & proprijs Pupillaris ſubſtitutionis, vt, *Si filius meus in pupillari ætate deceſſerit*, &c. & in hoc caſu finitur pubertate, ſicut finiretur Pupillaris directa, cum reſtricta fuerit ad tempus ante pubertatem. Sic Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. *§.* 13. *num.* 3. *in fine, & §.* 19. *num.* 18. *& tit. de Compendioſa, §.* 18. *num.* 68. Trentacinq. *d. cap.* 10. *ſub num.* 10. & Fuſar. *d. q.* 8. *num.* 36. 945

Secundus caſus eſt, quando ſubſtitutio non eſt facta verbis ſpecificis Pupillaris ſubſtitutionis, ſed verbis Compendioſæ abſque reſtrictione ad aliquod certum tempus: vt ſi dictum ſit; *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſubſtituo Caium.* & in hoc caſu durat etiam poſt pubertatem, & omni tempore eſt Fideicommiſſaria, ſed cum hac diſtinctione, quòd mortuo filio in pupillari ætate omnia bona filij, etiam legitima, ſpectant ad ſubſtitutum: eo verò mortuo poſt ætatem pupillarem non pertinent ad ſubſtitutum, niſi bona, quæ talis filius habuit à patre, 946

tre, exceptâ legitimâ. Sic Emman. Coſta *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Interdum, numer.* 8. *de Teſtament. in* 6. Men. hac. Trentacinq. & Fuſar. *loco proximè citat.* & ratio diuerſitatis eſt, quia ante pubertatem ſicut haberet locum Pupillaris directa facta in teſtamento, per quam pater ſubſtituto daret omnia bona filij, etiam legitima; ita etiam habet locum Pupillaris indirecta, ſeu Fideicommiſſaria, per quam pater eadem bona filij dare poteſt, variato tantùm modo, nempe indirectè: & hoc cenſetur facere quando pupillariter ſubſtituit in codicillis, ex benigna voluntatis interpretatione, *l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* Poſt pubertatem vero cùm filius jam tunc ſit capax teſtandi, non poteſt pater diſponere de omnibus ejus bonis, ſed tantùm de illis, quæ vltra legitimam, ei reliquit; & ſic pro tali tempore in illis tantùm eum grauare poteſt per Fideicómiſſariam, vt eſt notiſsimum.

947 Tertius caſus eſt, quando Reciproca facta fuit in codicillis tali modo, vt ſi eſſet facta in teſtamento non contineret Fideicommiſſariam, ſed tantùm Vulgarem, & Pupillarem directam. Et tunc ſi pupillus extitit hæres, extinguitur pubertate dicta Fideicommiſſaria, ſeu Pupillaris indirecta, ſicut finiretur directa in teſtamento facta: ſi autem non extitit hæres, quia noluit, aut non potuit; tunc etiam poſt pubertatem admittitur ſubſtitutus per Fideicommiſſariam ad omnia bona, quæ pater filio reliquit in ſua hæreditate, ſicut admitteretur per Vulgarem, quæ in præſenti caſu obliquatur eoquòd ſit facta in codicillis. Sic Trentacinq. & Fuſar. *loco citat.*

948 Plures caſus à DD. aſsignantur, in quibus conſtat Fideicommiſſariam contineri in Reciproca: duodecim omnino enumerat Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 260. ſed non oportet in eis immorari, quia nihil ferè habent difficultatis, & facilè ex dictis, ac infra dicendis patebunt, ſi in praxi occurrant.

949 Illud verò in præſenti materia ab omnibus diſputatur, & principaliter quæritur, vtrū Fideicómiſſaria contineatur in Reciproca facta ſimpliciter in teſtamento: quando ſcilicet teſtator inſtitutis duobus, aut pluribus, ſimpliciter in eodem teſtamento, dixit; *Eos inuicem ſubſtituo?* Partem affirmatiuam tuetur acriter Leon. *tract. de Subſtitut. in materia Reciprocæ, num.* 16. *& ſeqq.* eique fauet Iaſ. *in d. l. Lucius, num.* 29. *ff. de Vulgari*, vbi dicit contrariam opinionem poſſe facilè diſputando ſubuerti. Mouetur Leon. primo, quia verbum, *Subſtituo*, eſt de ſe aptum, & Directam, & Fideicommiſſariam ſubſtitutionem importare, ſecundùm opinionem Barth. quæ eſt communis, *in l. Centurio, ff. de Vulgari.* Secundò, quia id videtur probari *in l. Cum proponebatur, 66. ff. de Leg.* 2. vbi ex eo quòd per conjecturam conſtiterit teſtatorem dixiſſe ſe feciſſe mutuam ſubſtitutionem inter quoſdam ſubſtitutos, concluditur eos eſſe ad inuicem grauatos fideicommiſſo. Tertiò denique mouetur per text. *in l. Qui plures, ff. de Vulgari*, vbi cùm pluribus hæredibus inſtitutis facta fuerit Reciproca illis verbis; *Eos inuicem ſubſtituo:* dicitur, quòd inuicem in omnem cauſam ſinguli ſubſtituti videbuntur: quibus verbis non ſolùm comprehenditur caſus cujuſuis ſubſtitutionis directæ, ſed etiam indirectæ, ſeu Fideicommiſſariæ.

Nihilominus non contineri Fideicommiſſariam in dicta Reciproca, tenent DD. communiter Barthol *in d. l. Lucius, numer.* 20. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 4. Zaſ. *num.* 28. dicens eſſe communem, Ripa, *num.* 41. & Alciat. *num.* 47. qui etiam dicit communem, Barthol. *in l. Iam hoc jure, ff. eod.* & ibi Alex. *num.* 4. idem Barthol. *in l.* 2. *Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Salic. Paul. Caſtr. Alex. Curt. jun. & plures alij. Barth. *in d. l. Qui plures*, & ibi Paul. Caſtr. & Alex. *num.* 2. *ff. de Vulgari*, Iaſ. *conſil.* 134. *col. pen. lib.* 1. *& in d. l. Lucius, num.* 29. vbi dicit hanc eſſe veram, & communem ſententiam, licèt diſputando impugnari poſsit. Anton. Gom. *Variar. reſol. tom.* 1. *cap.* 8. *num.* 2. & cæteri ferè omnes, quorum plurimos referunt & ſequuntur Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *num* 5. 950

Me-

Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 60. *num.* 67. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 10. *numer.* 1. *cum ſequentib.* & Fuſar. *de Subſtitut. quæſtion.* 260. *numer.* 1. vbi dicit hanc ſententiam vno calculo ab ſcribentibus approbari.

951 Probatur primò per text. *in d. l. Iam hoc jure*, vbi de hujuſmodi Reciproca facta imparibus dicitur, in vulgarem tantummodò caſum factam videri: vnde rectè arguitur, non contineri in ea Fideicommiſſariam; cùm illa taxatiua, *tantummodo*, omnem alium caſum, præter vulgarem, excludat. Nec dicas, id eſſe ſpeciale in caſu, quo Reciproca fuit facta imparibus, nempe vni puberi, & alteri impuberi. Hoc enim dici nequit: nam tales impares non minùs ſunt capaces Fideicommiſſariæ, quàm Vulgaris: vnde ſi Fideicommiſſaria in tali Reciproca non continetur, id non prouenit ex conditione perſonarum, ſed ex natura, & conditione ipſius ſubſtitutionis, ſiue paribus, ſiue imparibus facta ſit. Aptiùs dicit Leon. *ſupra*, per illam taxatiuam excludi Pupillarem, de qua ibi agebatur, non vero Fideicommiſſariam, de qua nulla erat quæſtio. Sed neque hoc ſatisfacit; quia verba illa, *In vulgarem tantummodo*, manifeſtè excludunt omnes alias ſubſtitutiones: quod benè confirmatur ex ſequentibus verbis, vbi textus dicit propterea non contineri Pupillarem in illa Reciproca, ſed tantùm Vulgarem, quia incongruum videtur, quòd in vno, id eſt, in impubere, ſit duplex ſubſtitutio, nempe Vulgaris, & Pupillaris; in altero verò, id eſt, in pubere, vna tantùm, ſit, nempe Vulgaris, cùm pubes non ſit capax Pupillaris. Enimverò, ſi ibi contineretur etiam mutua Fideicommiſſaria diceretur potiùs, quòd in vno eſſet triplex ſubſtitutio, ſcilicet, Vulgaris, Pupillaris, & Fideicommiſſaria; in altero verò duplex, ſcilicet Vulgaris, & Fideicommiſſaria: ergo cùm hoc dictum non ſit, ſignum eſt quòd in ea Reciproca ſolùm admittitur Vulgaris, & omnis alia ſubſtitutio excluditur. Atque idem argumentum ſumitur *ex d. l.* 2. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* ibi: *In vnum caſum duntaxat: &c.*

Probatur ſecundò, quia verbum, 952
Subſtituo, licèt ſit commune, tamen quando ſimpliciter profertur, accipitur potiùs pro ſubſtitutione directa, quàm pro indirecta, vt tenent communiter DD. & conſtat per text. *in cap. Si pater, de Teſtament. in* 6. Nec dici poteſt, quòd inducit ſubſtitutionem directam & Vulgarem ante aditam hæreditatem, & indirectam ſeu Fideicommiſſariam poſt aditam: quia cùm ſit verbum de præſenti, non habet tractum ſucceſſiuum, quo porrigatur ad futurum, & ſic non comprehendit tempus ante, & poſt aditam hæreditatem, ſed tantùm tempus & caſum ante aditam, & ſic ſolam Vulgarem inducit.

Probatur tertiò & vltimò, omiſsis 953
alijs fundamentis, quia ſi dicta Reciproca contineret fideicommiſſum, illud eſſet purum; cùm ſit facta ſimpliciter per verbum de præſenti, nulla conditione adjecta: conſequens autem continet abſurdum, & ſic admittendum non eſt: nam vel hæredes, quibus ſubſtitutio eſt facta, ſunt æqualiter inſtituti; & tunc tale fideicommiſſum eſt inutile, ſiquidem tantùm quilibet hæredem dabit cohæredi, quantum ab eo accipiet, *l. Ab omnibus, §. In teſtamento, in fine, ff. de Legat.* 1. *l. Quis, Cod. de Solution.* Vel ſunt inſtituti inæqualiter; & tunc ſequeretur, quòd magis dilectus in inſtitutione, eſſet minùs dilectus in ſubſtitutione, & minùs dilectus in inſtitutione eſſet magis dilectus in ſubſtitutione, quod non eſt veroſimile de mente teſtatoris, *l. Publius, in fine, ff. de Condit. & demonſtr.* & arguit quamdam implicationem in ejus affectione & judicio, quod admitti non debet.

Nec obſtant fundamenta contrariæ 959
ſententiæ: ad primum enim reſpondetur, licèt verbum, *Subſtituo*, ſit commune, inde non ſequi, quòd directam,

& indirectam ſubſtitutionem collectiuè inducat, ſed quòd cuilibet earum adaptari poſsit: quo pacto quamuis verbum, *Do, das*, ſit commune ad ſignificandam præſtationem gratuitam, & non gratuitam, non propterea quando quis diceret, ſe mihi dediſſe. v.c. librum, intelligendus erit, dediſſe gratis, & pro pretio, ſed altero tantùm modo. Quare bene ſtat, quòd dicta Reciproca ſit facta per verbum commune, & tamen non contineat ſubſtitutionem indirectam, ſed tantùm directam, ex vi prædicti verbi ſimpliciter prolati, eoquòd quando ſimpliciter profertur, potiùs accipitur pro directa, vt probatum eſt, & conſtat *ex d. cap. Si pater, de Teſtament. in 6.* Ad ſecundum reſpondetur, textum *in d. l. Proponebatur*, loqui de Reciproca, qua duo Fideicommiſſarij fuere adinuicem grauati reſtituere fideicommiſſum, vt conſtat ex declaratione Gloſſæ, ſolùmque in eo textu intenditur, ſatis eſſe conjecturam, ſeu probationem per teſtes, ad hoc vt talis Reciproca ſuſtineatur, quando per errorem ſcripta non fuit. Ad tertium reſpondetur illa verba, *d. l. Qui plures, In omnem cauſam*, &c. fuiſſe prolata reſpectu ſucceſsionis ſubſtitutorum, ad excluſionem filiorum defuncti, ita vt ſenſus ſit: ſubſtitutos ſuperſtites ſuccedere debere in omnem cauſam & caſum, in quem virtute talis Reciprocæ ſucceditur, nihil obſtante quòd extent filij defuncti, qui ſuccedere prætendant, prout in caſu, de quo ibi.

955 Limitari verò ſolet hæc ſententia, vt non procedat, quando in teſtamento fuit appoſita clauſula codicillaris, præſertim adjecto verbo de futuro, vt ſi dictum ſit; *Si non valet, vel non valebit, vt teſtamentum, valeat jure codicillorum.* Hanc limitationem approbant innumeri DD. quos longo ordine refert Fuſar. *de Subſtitut. q.* 8. *ſub num.* 43. *& q.* 260. *num.* 13. & pluribus etiam relatis eam latè tuentur Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 4. *num.* 9. Menoch *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *numer.* 74. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 10. *numer.* 6. & Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 18. *numer* 9. At hæc limitatio meritò diſplicet alijs, quos Fuſar. refert, & ſequitur *d. quæſtion.* 260. *numer.* 14. *& ſequentib.* ſemperque mihi viſa eſt falſa, & abſque fundamento introducta. Et ſic eam impugnaui, & contrariam ſententiam amplexus ſum *diſp.* 2. *ſect.* 10. *§.* 14. *numer.* 618. *& ſeqq.*

§. 8. Quomodo intelligenda ſit Reciproca facta inter inæqualiter, vel diuerſo modo inſtitutos?

SVMMARIVM.

Qvando Reciproca facta eſt tribus, aut pluribus inæqualiter inſtitutis, qui in ſubſtitutione ſunt vocati nominibus appellatiuis, vt dicente teſtatore; Siquis eorum, qui à me inſtituti ſunt, hæres non extiterit, alios hæredes meos ei ſubſtituo; *intelliguntur ſubſtituti pro partibus hæreditarijs, in quibus ſunt inſtituti; num.* 956.

Quæ reſolutio ampliatur primò, etiamſi non ſint vocati nominibus appellatiuis denotantibus hæreditatem, ſed alijs diuerſis, vt ſi teſtator dixit; Subſtituo cæteros filios meos, vel nepotes: vel fratres, &c. *Et quomodo id ſit intelligẽdum? num.* 957.

Ampliatur ſecundò, vt procedat, licèt ſubſtituti ſint vocati nominibus appellatiuis, & ſimul nominibus proprijs, dummodo præmittantur appellatiua; num. 958.

Ampliatur tertiò, vt procedat etiam in dubio, an ſubſtituti fuerint vocati nomine appellatiuo, vel proprio? Vt ſi teſtes non recordentur, vel quando teſtator in antecedentibus modò appellatiuis, modò proprijs nominibus vſus eſt, & deinde dixit; Quos inuicẽ ſubſtituo; *num.* 959.

Ampliatur quartò, vt etiam procedat in ſubſtitutione Fideicommiſſaria; n. 960.

Limitatur autem eadem principalis reſolu-

ſolutio, quando omnibus ſubſtitutis eſſet æqualiter injunctũ aliquod onus; num. 961.

Limitatur præterea, quando quidam ex ſubſtitutis eſſent inſtituti conjunctim, vt in dimidia parte hæreditatis: alij verò ſeparatim, & inæqualiter in portionibus alterius dimidiæ. Et quomodo id ſit intelligendum? num. 962. & ſeq.

Quando ſubſtituti ſunt vocati nominibus proprijs, cenſentur ſubſtituti pro partibus æqualibus, licèt ſint inſtituti inæqualiter; num. 964.

Ampliatur hæc reſolutio, licèt etiam ſint vocati nominibus appellatiuis, ſi nomina propria præcedant; num. 965.

Limitatur verò primò, niſi inſtituti eſſent ejuſdem nominis, vt v. c. Titij & teſtator dixiſſet; Titios ſubſtituo: *quia tunc cenſentur ſubſtituti pro partibus hæreditarijs; num. 966.*

Limitatur ſecundò, niſi tales ſubſtituti eſſent onerati à teſtatore pro partibus hæreditarijs inæqualibus, in quibus ſunt inſtituti; num 967.

Quando ex inæqualiter inſtitutis quidam fuerunt vocati per Reciprocam nominibus appellatiuis, quidam verò proprijs, vt ſi teſtator dixit; Titium, Caium, & Seium, ac cæteros hæredes meos, inuicem ſubſtituo: *vocati nominibus proprijs intelliguntur ſubſtituti pro partibus æqualibus: alij pro partibus hæreditarijs; num. 667.*

Ex Reciproca facta in legatis, vel donationibus cauſâ mortis, ſucceditur æqualiter, & non pro portionibus legatis, etiamſi legatarij fuerint inæqualiter honorati, & nominibus appellatiuis in ſubſtitutione vocati; numer. 968.

Legatarij inæqualiter honorati, ſi grauentur onere fideicommiſſi, intelliguntur grauati pro portionibus legatis, niſi onus talis fideicommiſſi ſit extrinſecum, vt aliquid faciendi, vel dandi, nam tunc intelliguntur grauati æqualiter; ibid.

Si ſint plures inſtituti, quidam in re certa, & alij vniuerſaliter, & teſtator abſolutè dixit; Quòd eos ad inuicem ſubſtituit: *in tali ſubſtitutione veniunt ſolùm inſtituti vniuerſaliter; num. 969. Id verò intelligitur primò, niſi ex aliqua conjectura conſtet de contraria voluntate teſtatoris: & apponitur caſus talis conjecturæ; num. 970. Intelligitur ſecundò, niſi inſtituti vniuerſaliter repudiaſſent, aut mortui eſſent ante aditam hæreditatem. Et tunc, an inſtituti in re certa, veniant ex ſubſtitutione, vel potiùs ex jure accreſcendi? num. 971.*

Quomodo ſubſtitutio Reciproca finiatur; num. 972.

HVjus quæſtionis duo ſunt capita. Primum eſt de Reciproca facta inter plures in partibus inæqualibus hæreditatis inſtitutos; vt ſi teſtator inſtituit Seium in tribus partibus, Titium in quatuor, & Caium in quinque, & poſtea eos inuicem ſubſtituit. Circa quam ſubſtitutionem illud in præſenti venit explicandum: vtrùm tales inſtituti pro eiſdem partibus cenſeantur ſubſtituti, pro quibus fuerunt inſtituti? Seu (quod idem eſt) vtrùm cenſeantur ſubſtituti pro partibus hæreditarijs, vel potiùs pro partibus æqualibus? Hac igitur in re tres caſus diſtinguendi ſunt.

Primus caſus eſt, quando ſubſtituti ſunt 956
vocati per Reciprocam nominibus appellatiuis, vt ſi teſtator dixit; *Si quis eorum, qui à me inſtituti ſunt, hæres non extiterit, alios hæredes meos ei ſubſtituo.* Et in hoc caſu reſolutio eſt, eos intelligi vocatos pro partibus hæreditarijs, in quibus ſunt inſtituti. Sic Gloſ. *in l. 1. verſ. Expreſsè, Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Barth. Bald Paul. de Caſtr. Alex. Jaſ. Dec. & alij, Mantic. *de Conject. vltim. vol. lib. 5. tit.* 10. Trentacinq. *de Subſtit. p. 5. cap. 1. num. 3.* & cæteri communiter, per text. *in dict. l. 1. & in l. Qui liberis, §. Hæc verba, ff. de Vulgari, & in l. Sed ſi plures, in princip. ff. eodem, &*

 in

in §. Si ex diſparibus, Inſt. eod. tit. Et ratio eſt, quia vt quis eſt dilectus in inſtitutione, ita pariter debet cenſeri dilectus in ſubſtitutione, vt probauimus, & latiùs explicuimus, *ſect.* 3 *hujus diſp.* § 14. *num.* 668.

957 Ampliatur, & declaratur primò hæc reſolutio, vt non tantùm procedat quando teſtator vtitur verbis appellatiuis denotantibus hæreditatem, ſed etiam alijs, quibus hæreditas non denotatur, vt ſi dicat, *Subſtituo cæteros meos filios, vel nepotes, vel fratres,* &c. nam tunc etiam cenſentur ſubſtituti pro partibus, in quibus ſunt inſtituti, vt probat text. *in l. Lucius, §. Mæuia,* 2. & ibi Barthol. *ff. Ad Trebel. & in l. Si hæredes nominatim,* vbi etiam Barthol. *ff. de Leg.* 1. & tenent Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, numer.* 12. *de Teſtament.* Trentacinq. *dict. cap.* 1. *numer.* 4. vbi teſtatur de communi, & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 478. *num.* 5. Intelligenda verò eſt hæc ampliatio vt procedat quando ſub vno communi vocabulo tales ſubſtituti eſſent vocati, vt in exemplo propoſito: ſecus autem quando eſſent vocati diſtinctis vocabulis expreſsè, vel tacitè copulatis: vt ſi teſtator diceret, *Subſtituo alios meos filios, & nepotes:* tunc enim filij ex vna parte capient dimidiam portionem defuncti, & nepotes aliam dimidiam, licèt in inſtitutione maior pars fuerit relicta filijs, quàm nepotibus, vel è contra. Sic Iaſ. *in d. l.* 1. *Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* Guilliel. Bened. *vbi ſup.* & alij, quos refert, & ſequitur Trentacinq. *ſub dict. numer.* 4. & Fuſar. *numer.* 6. Ratio ſumitur ex natura copulæ, cujus eſt diſtribuere vim verbi æqualiter inter perſonas copulatas, *l. Reos, §. Cum tabulis, ff. de Duobus reis, l.* 1. *&* 2. *Cod Si plures vna ſententia condemnati ſunt.* Aduerte autem, quòd licèt portio defuncti diuidenda ſit æqualiter inter ſubſtituros dicto modo appellatos, & copulatos, & inter filios ex vna parte, & nepotes ex alia, vt dictum eſt; tamen filij inter ſe, & nepotes inter ſe diuident, & capient pro hæreditarijs portionibus, vt cum alijs tenet Trentacinq. *dict. cap.* 1. *ſub numer.* 5. *verſ. Licet quando,* argum. *dict. l. Lucius, §. Mæuia, ff. Ad Trebel.* licèt repugnet Angel. *in l. Si communis ſeruus, ff. de Stipul. ſeruor.*

Ampliatur ſecundò, vt procedat licèt ſubſtituti ſint vocati nominibus appellatiuis, & ſimul nominibus proprijs, dummodo præmittantur appellatiua: vt ſi teſtator dixit, *Supra ſcriptos hæredes meos, Seium, Titium, & Caium inuicem ſubſtituo:* nam tunc etiam pro partibus hæreditarijs intelliguntur ſubſtituti, ſic Gloſ. *in l. Ita liber. §. fin. ff. de Statulib. & in l. Nonnunquam, ff. Ad Trebel.* Bald. *in dict. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitution* & ibi Iaſ. & Decius, idem Bald. *in l. Turpia, §. fin. ff. de Legat.* 1. Guilliel. Bened. *in dict. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, numer.* 11. & Trentacinq. *dict. cap.* 1. *numer.* 6. per text. *in dict. l. Si ſeruus communis, & in l. vltim. ff. de Stipulat. ſeru.* Et probatur à ſimili, quia ſi delegatio facta ſit alicui ſub nomine appellatiuo officij, vel dignitatis, & ſimul ſub nomine proprio, & quæratur, an ſit facta officiali, & ſic tranſeat ad ſucceſſorem in officio; vel ſit perſonalis, ſeu limitata ad perſonam nomine proprio expreſſam; inſpicitur, an præcedat nomen appellatiuum, & tunc cenſetur facta officiali vt ſic, & tranſit ad ſucceſſorem: ſecus autem ſi præcedat nomen proprium, *cap. Quoniam Abbas,* & ibi DD. *de Offic. deleg.* & DD. *in l. More, & in l. Et quia, ff. de Iuriſd. omn. jud.* Quanuis non pauci diſſentiant, quos refert & ſequens Sanch. *lib.* 8 *de Matrimon. diſp* 27. *numer.* 20. *& lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 41. *numer.* 5. aſſerentes, quòd etiam quando nomen appellatiuum dignitatis præponitur, delegatio eſt perſonalis, & non tranſit ad ſucceſſorem: conſule Sanch. *loco citato, de Matrimon.* 958

Ampliatur tertiò, vt procedat etiam in dubio, an ſubſtituti fuerint vocati nomine appellatiuo, vel proprio, vt quando 959

do

do teſtes non recordantur, quibus nominibus teſtator in ſubſtitutione vſus fuerit, vel quando teſtator in antecedentibus partibus teſtamenti, modò appellatiuis, modò proprijs nominibus eſt vſus, & deinde dixit, *Quos inuicem ſubſtituo*: tunc enim cenſentur ſubſtituti pro partibus in quibus inſtituti ſunt, vt probat text. *in l. Si plures*, 24. *ff. de Vulgari*, & tenent Bald. Salic. Paul. de Caſtr. Iaſ. Dec. Alex. & alij *in d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Barthol. *in d. l. Si plures, & in l. Siue à certis, ff. de Duobus reis*, Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 1. *num.* 7. & cum alijs Fuſar. *dict. quæſt.* 478. *numer.* 7. & 8.

960 Ampliatur quartò, vt etiam procedat in ſubſtitutione Fideicommiſſaria, vt notat Trentacinq. *ſupra, num.* 8. & Fuſar. alios referens, *num.* 9. per text. *in dict. l. Lucius*, §. *Pater, in fine, & §. Mæuia, & in l. Quoties, in princip. ff. Ad Trebel.*

961 Non procedit autem præfata reſolutio principalis, quando omnibus ſubſtitutis eſſet æqualiter injunctum aliquod onus. Quia ratione talis oneris cenſentur æqualiter ſubſtituti, non attenta vlla inæqualitate inſtitutionis, *l. Quoties*, & ibi Barth. *ff. Ad Trebel.* Gloſ. *in d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Barth. Iaſ. & Dec. Guilliel. Bened. *in dict. cap. Raynutius, in materia Reciproca, num.* 7. Trentacinq. *d. cap.* 1. *num.* 10. & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 478. *num.* 14.

962 Neque etiam procedit, quando quidam ex inſtitutis eſſent inſtituti conjunctim, vt quando teſtator ita diceret, *Inſtituo Titium, & Caium in dimidia parte meæ hæreditatis, & ex alia dimidia Seius mihi ſit hæres in duabus vncijs, Sempronius in tribus, & Mæuius in vna, atque hos omnes hæredes meos adinuicem ſubſtituo.* Quo in caſu, ſi vnus ex conjunctis non ſit hæres, ejus portio defertur tantùm alteri conjuncto per jus accreſcendi, *l. vnica*, §. *His ita, Cod. de Caduc. tol.* & ſi etiam deficiat aliquis ex non conjunctis, v.c. Sempronius, qui erat inſtitutus in tribus vncijs, tunc quidem omnes ſuperſtites ad ejus portionem admittuntur pro partibus hæreditarijs, ſed tamen pars hæreditaria conjuncti ſuperſtitis cenſetur totum illud, in quo teſtatori ſucceſsit, nulla habita conſideratione vtrùm jure inſtitutionis, vel per jus accreſcendi ex maiori parte hæres factus ſit: vnde in exemplo propoſito, conjunctus ille, v.c. Titius, cui portio Caij accreuit, & ſic factus eſt hæres ex dimidia parte hæreditatis, admittetur ex ſubſtitutione ad portionem Sempronij pro dimidia parte, & ex alia dimidia Seius capiet duas partes, & Mæuius vnam pro portionibus in quibus ſunt inſtituti, & hæredes extiterunt. Ita expreſsè habetur *in l. Si in teſtamento, ff. de Vulgari.* Quod ſimiliter procedit in Pupillari ſubſtitutione, vt cum Mantica tradidimus *ſect.* 3. *hujus diſputat.* §. 14. *numer.* 669. vbi etiam nonnihil pro maiori explicatione præſentis caſus attulimus.

Addit verò Trentacinq. *dict. cap.* 1. *numer.* 11. quòd ſi ambo conjuncti decedunt, tunc cæteri hæredes æqualiter admittuntur ex dicta Reciproca; ad quod allegat Bald. & Salic. *in l. In teſtamento, Cod. de Teſtament. milit.* Barthol. *in l. Lucius, quæſtion. vltim. ff. de Vulgari, & in l. vltim. in fine, ff. Ad Trebel.* & alios, affirmatque id probari per text. *in l. Cohæredi*, §. *Qui diſcretas, ff. de Vulgari.* Sed reuerà neque commemorati DD. neque textus ille id habent, ſed ſolùm dicunt, quòd decedente vno ex conjunctis in inſtitutione, præfertur alter cæteris inſtitutis, non obſtante Reciproca omnibus factâ. Quare de ſuo mihi videtur Trentacinq. addidiſſe, quòd decedente vtroque conjuncto, tunc ſuccedent cæteri æqualiter: quod planè videtur contra *dict. l. Si in teſtamento, ff. de Vulgari*, in qua non obſtante, quod aliqui ex ſubſtitutis fuerint inſtituti conjunctim, ſi eueniat caſus, in quo omnes ſuperſtites poſſunt admitti ex Reciproca omnibus factâ, ſolùm admittuntur pro partibus hæreditarijs. Porro quod *numer. præcedent.* 963

dictum eſt, deficiente vno ex conjunctis, ſolùm alterum conjunctum ſuccedere in ejus portionem, ſuas habet limitationes, quas videre poteris apud Fuſar. *de Subſtitut. q.* 494. *à num.* 5.

Secundus caſus eſt, quando ſubſtituti
964 fuerunt vocati nominibus proprijs, vt ſi Seio, Titio, & Caio, inæqualiter inſtitutis, dixit teſtator, *Seium, Titium, & Caium inuicem ſubſtituo.* Et in hoc caſu cenſentur hi ſubſtitui pro partibus æqualibus, & non pro hæreditarijs inæqualibus, ſic Gloſ. *in d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Barthol. Bald. Paul. de Caſtr. Alex. Iaſ. Dec. & alij communiter, Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius in materia Reciprocæ, num.* 9. Cuman. *in d. l. Turpia, §. fin. ff. de Leg.* 1. Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 1. *num.* 21. Fuſar. alios referens *d. quæſt.* 478. *numer.* 10. & Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 5. *cap.* 1. *numer.* 12. per text. *in l. Nonnumquàm, ff. Ad Trebel.* Ratio differentiæ inter hunc caſum, & præcedentem de nominibus appellatiuis eſt primò, quia quando ſubſtituti vocantur per nomina propria, inſpiciuntur primò, & per ſe perſonæ, & ſic habetur ratio perſonarum, non inæqualitatis portionū, in quibus ſunt inſtitutæ: quando autem vocantur per nomina appellatiua, præſertim denotantia hæreditatem, vt cùm dicitur, *Hæredes meos inuicem ſubſtituo,* tunc potiùs inſpiciuntur portiones, quàm perſonæ, ſeu vt Baldus loquitur *in d. l.* 1. portiones hæreditariæ dinumerant perſonas, & ſic pro hæreditarijs portionibus cenſentur vocari. Secundò & principaliter, quia quando ſubſtituti vocantur nominibus proprijs, neceſſe eſt vt conjungantur per copulam interpoſitam, vel per punctum, aut virgulam loco illius, vt in exemplo propoſito: de natura autem copulæ eſt diſtribuere vim verbi æqualiter inter perſonas copulatas, *l. Reos, §. Cum talibus, ff. de Duobus reis, l.* 1. *Cod. Si plures vna ſententia.* Si autem vocentur nominibus appellatiuis, non oportet quòd interueniat copula, ſiquidem omnes vno communi nomine vocari poſſunt, vt dicendo, *Hæredes meos, vel filios meos inuicem ſubſtituo, &c.*

Prædicta reſolutio ampliatur, vt procedat etiam quando ſimul ſunt adhibita nomina propria, & appellatiua, ſi nomina propria præcedant, vt ſi dictum ſit, *Titium, Seium, & Caium hæredes meos inuicem ſubſtituo:* Quia tunc præcipua ratio habetur nominum propriorum, & ipſarum perſonarum, & ſic efficitur vt debeant intelligi ſubſtituti pro virilibus, ſeu æqualibus portionibus, ſic Gloſ. *in l. Nonnunquam, ff. Ad Trebel.* Bald. & Iaſ. *in d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Guilliel. Bened. *in dict. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, numer.* 11. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 1. *numer.* 13. & Fuſar. plures referens *d. q.* 478. *ſub num.* 11. licèt contrarium teneat Dec. *in d. l.* 1. 965

Limitatur autem primò, vt non procedat, ſi inſtituti eſſent ejuſdem nominis, 966
v.c. Titij, & teſtator dixiſſet, *Titios ſubſtituo,* nam tunc cenſerentur ſubſtituti pro hæreditarijs portionibus: Cuman. *in d. l. Turpia. ff. de Leg.* 1. Iaſ. *in d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut. verſ. Hinc eſt,* Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, num.* 11. Trentacinq. *d. cap.* 1. *num.* 12. *verſ. Et hinc primò refertur,* & Fuſar. *d. quæſt.* 478 *num.* 12. Quia in tali ſubſtitutione adhibentur nomina propria inſtar appellatiuorum nullâ interueniente copula, quod etiam probatur per text. *in l. Si hæredes nominatim,* in verbo, *Enumeratio,* junctis his, quæ ibi tradit Barthol. *ff. de Leg.* 1.

Limitatur ſecundò, vt etiam non procedat, quando dicti ſubſtituti eſſent onerati à teſtatore pro hæreditarijs portionibus inæqualibus, in quibus ſunt inſtituti: nam tunc, quamuis nominibus proprijs vocati ſint, non ſuccedunt æqualiter ex ſubſtitutione, ſed pro partibus hæreditarijs, quia ſicut impoſitio æqualis oneris facit vt cenſeantur ſubſtituti æqualiter, licèt fuerint inſtituti inæqualiter, & vocati nominibus appellatiuis, vt diximus *ſup. num.* 961. ita etiam impoſitio oneris inæqualis, juxta inæqualitatem portionum hære- 967

hæreditariarum efficit, vt cenſeantur ſubſtituti inæqualiter juxta eaſdem portiones, etiamſi fuerint vocati nominibus proprijs, *d. l. Quoties*, & ibi Gloſ. ordin. *ff. Ad Trebel.* & cum alijs Trentacinq. *dict. cap.* 1. *num.* 14.

967 Tertius caſus eſt, quando ex inæqualiter inſtitutis quidam fuerunt vocati per Reciprocam nominibus appellatiuis, quidam verò proprijs, vt ſi teſtator dixit; *Titium, Caium, & Seium, ac cæteros hæredes meos inuicem ſubſtituo.* Et in hoc caſu vocati nominibus proprijs intelliguntur vocari in portiones viriles, ſeu æquales: alij verò cenſentur vocati pro hæreditarijs portionibus, Barth. *in d. l. Turpia, §. fin. num.* 3. *ff. de Leg.* 1. Iaſ. *in d. l.* 1. *verſ. Quinto, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Dec. *num.* 9. Salic. Alex. & alij; Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, numer.* 13. Trentacinq. *dict. cap.* 1. *num.* 17. & cum alijs Fuſar. *d. quæſt.* 478. *num.* 11. & probatur argum. *l. Planè,* 1. *in* 2. *reſpon. ff. de Leg.* 1. *& l. Si pater filio, ff. de Vulgari,* facit text. cum Glo. *in l. Siquis teſtamento, ff. de Statu lib.*

968 Omnia prædicta procedunt in ſubſtitutione facta in hæreditate; ſi autem ſit facta in legatis, vel donationibus cauſa mortis, ſucceditur ex illa æqualiter, ſeu pro virili portione; & non pro portionibus legatis, etiamſi legatarij fuerint inæqualiter honorati, & nominibus appellatiuis in ſubſtitutione vocati: colligitur hoc *ex l. vnica, §. Sed vt manifeſtetur,* juncta Gloſ. *ibi verb. Pro virili, Cod. de Caduc. tol.* vbi ſi legatarij ſint grauati onere fideicommiſsi vt aliquid tibi præſtent, & tu id repudies, debet id remanere penes ipſos pro virili portione, & non pro portione, in qua quilibet eorum fuit honoratus, vnde etiam onus talis fideicommiſsi cenſetur illis impoſitum çqualiter, ſeu pro virili, & non pro portionibus, in quibus honorati ſunt. Sic per *d. text.* tenent Alex. *in d. l. Quoties, ff. Ad Trebel. & in d. l.* 1 *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Iaſ. *n.* 2. *verſ. Limita tamen,* & Dec. *num.* 9 *in fine,* Socin. ſen. *in l. Verum, §. Quæſitum, ff. de Reb. dub.* Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, num.* 10. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 1. *num.* 15. & Fuſar. *dict. quæſt.* 478. *num.* 19. Cæterùm quod dictum eſt de æqualitate oneris, juxta *d. §. Sed vt manifeſtetur,* intelligitur ab his DD. & à Gloſ. *in d. verſ. Pro virili,* de onere extrinſeco, vt cùm jubetur aliquid fieri, vel dari rem aliquam, quę non ſit ipſa res legata, vel aliqua ejus pars: non autem de onere intrinſeco, quale eſt cùm legatarij ſunt grauati reſtituere rem legatam, vel partem illius: tunc enim clarum eſt, tale onus imponi juxta portiones, in quibus ſunt honorati, & conſequenter quòd repudiante, vel deficiente fideicommiſſario, remanet talis res penes ipſos legatarios pro portionibus, in quibus honorati ſunt, vt bene præ cæteris declarat Gloſ. *in dict. verſ. Prò virili.*

Secundum caput eſt de Reciproca facta inter omnes inſtitutos, quorum alij 969 in re certa, alij verò vniuerſaliter inſtituti ſunt, vt quando teſtator filias inſtituit in certa quantitate prò dote; & filios maſculos inſtituit vniuerſaliter, & pòſtea dixit; *Omnes filios meos inuicem ſubſtituo.* In quo caſu quæritur, vtrum in tali Reciproca veniant omnes inſtituti, vel ſolùm inſtituti vniuerſaliter? Et communis reſolutio eſt, venire ſolos vniuerſaliter inſtitutos. Sic reſoluunt Barthol. *in l. Lucius, num.* 18. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 18. Iaſ. *num.* 23. Ripa *num.* 38. qui teſtatur de communi, Alciat. *num.* 40. & alij communiter; Paul. de Caſtr. *in l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, ff. eod.* DD. In *ſuis tract. de Subſtitut. in materia Reciprocæ,* Bald. *num.* 15. Barthol. de Hucio *num.* 12. Zaſ. *num.* 11. Leon. *numer.* 92. & alij; Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *num.* 11. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5 *cap.* 8. *num.* 2. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 261. *numer.* 1. & multi alij, quos præcitati referunt. Fundamentum eſt primò, quia conjuncti in inſtitutione cenſentur etiam conjuncti in ſubſtitutione, *l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, ff. de Vul-*

Vulgari, Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 75. *num.* 4. Peregrin. *de Fideicomm. art.* 9. *num.* 14. In præſenti autem ſoli vniuerſaliter inſtituti ſunt conjuncti in inſtitutione; nam inſtituti in re certa, exiſtentibus hæredibus vniuerſalibus, ſunt tanquam legatarij, *l. Quoties, Cod. de Hæred. inſtit.* Ergo etiam ſoli vniuerſaliter inſtituti conjuncti ſunt in ſubſtitutione. Secundò, quia in dubio ſubſtitutio intelligitur facta in portionibus hæreditarijs, *l. Qui plures, ff. de Vulgari*: inſtitutus autem in re certa non habet portionem hæreditariam; cùm, vt dictum eſt, habeat vicem legatarij.

Intelligitur autem hæc reſolutio, niſi
970 ex aliqua conjectura conſtet de contraria voluntate teſtatoris: vt quando inſtitutâ vnâ filiâ in re certa, & duobus maſculis vniuerſaliter, hoc modo ſubſtituiſſet; *Si aliquis meorum filiorum ſine liberis deceſſerit, ſubſtituo ſuperuenientes*: nam cùm vocet plures ſuperſtites, ratio recti ſermonis exigit, vt ſi aliquis ex duobus maſculis decedat abſque liberis, intelligatur vocari ejus loco fœmina, & maſculus ſuperſtes. Sic Barthol. *in l. vltim. num.* 2. *ff. Ad Trebel.* Bald. *in l. In teſtamento,* 1. *Cod. de Teſtament. milit.* & ibi Angel. & Imola Paul. de Caſtr. *in d. l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 3. & Alciat. *num.* 4. multique alij, quos citant & ſequuntur Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *numer.* 15. Trentacinq. *d. cap.* 8. *num.* 35. & Fuſar. *d. q.* 261. *num.* 7. Secùs eſſet ſi teſtator, inſtitutis pluribus maſculis vniuerſaliter, & vnâ filiâ in re certa, dixiſſet; *Si aliquis, vel aliqui decedant ſine filijs, ſubſtituo ſuperſtites, vel ſuperſtitem*; nam tunc ſi eueniat, vt vnus tantùm maſculus ſuperſit, non admittetur filia; quia cùm additum ſit, *Vel ſuperſtitem*, in ſingulari numero, ſufficienter verba teſtatoris implentur, ſi ille tantùm maſculus admittatur: & ſic ceſſat conjectura, quòd teſtator voluerit etiam admitti fœminam: atque ita cum alijs docet Fuſar. *ſupra, numer.* 8.

971 Intelligitur præterea d. reſolutio principalis, niſi inſtituti vniuerſaliter repudiaſſent, vel mortui eſſent, ante aditam hæreditatem: nam tunc filiæ ſuperſtites particulariter inſtitutæ admittuntur, vt tenet communiter DD. inter quos tamen eſt controuerſia, vtrùm admittantur ex ſubſtitutione, vel potiùs ex jure accreſcendi? Menoch. *d. præſumpt.* 60. *num.* 16. *cum ſeqq* & Fuſar. *d. quæſt.* 261. *numer.* 10. cum multis alijs tenent, quòd admittuntur ex Vulgari in dicta Reciproca in ſubſidium pro tali caſu comprehenſa. Imò & admitti debere ex Pupillari ſi omnes inſtituti erant impuberes, & maſculi deceſſerunt ante pubertatem, tenet Menoch. *citat.* Alij tamen vt Imola *in cap. Raynutius, numer.* 87. & Trentacinq. *d. cap.* 8. *numer.* 4. tenent, quòd ſuccedunt per jus accreſcendi, vel ab inteſtato. Et hæc ſecunda ſententia videtur verior; quia ſi dicta Reciproca ſolùm intelligitur facta inter inſtitutos vniuerſaliter, fieri non poteſt vt filiæ particulariter inſtitutæ ex illa ſuccedant. Maximè verò procedit hæc ſententia, ſi maſculi fuerunt conjuncti inter ſe in inſtitutione vniuerſali, & fœminæ ab illis ſeparatę, & inter ſe conjunctæ in inſtitutione particulari: nam tunc fœminæ intelligentur ſubſtitutæ inter ſe, & maſculi etiam inter ſe; non verò maſculi, & fœminæ adinuicem; & ſic deficientibus omnibus maſculis, ſolùm per jus accreſcendi, vel ab inteſtato fœminæ admittentur. Ita ſentit Menoch *ſup. numer.* 20. poſt Ripam, quem refert.

Mitto quaſdam alias limitationes, quas adducit Fuſar. *d. q.* 161. quia facilè ex dictis intelligi poſſunt.

Illud tandem pro materia Reciprocæ 972
quæri ſolet, quomodo hæc ſubſtitutio finiatur? Sed huic quæſtioni facilè ab omnibus ſatisfit, finiri eo modo, & ex eiſdem cauſis, ex quibus finiuntur ſubſtitutiones in ea contentæ: vt ſi continet ſolam Vulgarem, finiri ex cauſis, ex quibus finitur Vulgaris: & ſi continet etiam Pupillarem, finiri vt ſic ex cauſis, ex quibus extinguitur Pupillaris: & ſic de reliquis ſubſtitutionibus in ea comprehenſis. Vnde pro hac re nihil addi oportet, vltra jam dicta

dicta circa extinctionem Vulgaris, Pupillaris, & Exemplaris. Et hæc ſatis pro Reciproca.

SECTIO VI.

De ſubſtitutione Compendioſa.

SEquitur vt dicamus de Compendioſa ſubſtitutione: in qua compendio etiam vtemur, quanuis à multis fusè admodum tractetur. Primò itaque trademus, & explicabimus hujus ſubſtitutionis naturam, & appellationem. Secundò quibus verbis fiat, factaue eſſe intelligatur? Tertiò, quas ſubſtitutiones contineat? Quartò, quando expiret.

§. 1. *Quæ ſit natura, & propria ratio Compendioſæ ſubſtitutionis: & quare ſic appelletur?*

SUMMRAIUM.

APprobatur, & declaratur definitio ſubſtitutionis Compendioſæ à Barth. & alijs tradita; num. 973. *& ſeq.*

Non ſolùm ſubſtitutio facta ſub conditione mortis inſtituti, ſed etiam facta ſub quauis alia, quæ ante, & poſt aditam hæreditatem euenire poteſt, eſt propriè Compendioſa, continens plures ſubſtitutiones diuerſæ rationis: quod latè explicatur; num. 974.

Cur hæc ſubſtitutio appelletur Compendioſa? num. 975.

In quo differat à Reciproca? ibid.

Subſtitutio Compendioſa non eſt reipſa ſpecies diſtincta ab alijs ſubſtitutionibus, ſed collectio plurium: & ſolùm ſecundùm conceptionis formam, & modum, poteſt dici peculiaris ſpecies; eod. num. 975.

NAtura hujus ſubſtitutionis, (ſicut & cujuſque alterius rei) cognoſci- 973
tur ex ejus definitione; quam tradidimus, & ſatis explicauimus *ſect.* 1. *hujus diſp. num.* 16. *& ſeqq.* Quare juxta ibi dicta, breuiter hic ſtatuendum eſt, Compendioſam ſubſtitutionem rectè à Barth. & alijs DD. definiri; *Eſt ſubſtitutio, quæ ſub conditione mortis, vel aliqua alia, plura tempora complectitur:* vt cùm teſtator ita diceret; *Inſtituo filium meum impuberem: & quandocumque deceſſerit, ſubſtituo Caium.* Quæ ſubſtitutio cùm fiat ſub conditione mortis illius filij per aduerbium diſtributiuum, *Quandocumque*, manifeſtè comprehendit tam tempus & caſum, quo ille moriatur ante pubertatem, quàm etiam tempus & caſum poſt pubertatem. Et ſimiliter comprehendit tempus, & caſum quo inſtitutus moriatur ante aditam hæreditatem; necnon tempus, & caſum poſt hæreditatem aditam. Unde pro tempore ante pubertatem eſt Pupillaris, & pro tempore poſt pubertatem Fideicommiſſaria; ſi inſtitutus hæreditatem adiuit: ſi autem non adiuit, eſt Vulgaris, vt magis ſuo loco explicabitur. Idemque eſt, quando teſtator aliam conditionem adjiceret, ſiue vltra mortem, vt dicendo; *Si filius meus deceſſerit abſque liberis, ſubſtituo, &c.* ſiue citra mortem, vt ſi diceret; *Quandocumque filius meus in patriam redierit, ſubſtituo, &c.*

In quo poſtremo caſu, (ideſt, quando adjecta eſt conditio citra mortem) licèt 974
aliqui putent non contineri Compendioſam, ſaltem propriè, eoquòd non comprehendat diuerſa tempora, ex quorum varietate diuerſæ ſubſtitutiones induerantur, quod dicunt requiri omnino ad propriam rationem Compendioſæ: tamen communis, & vera ſententia tenet oppoſitum; quia ex adjectione talis conditionis continet illa ſubſtitutio plures ſubſtitutiones diuerſæ rationis, nimirum Vulgarem, ſi inſtitutus redeat in patriam ante aditam hæreditatem, & Fideicommiſſariam, ſi redeat poſt aditam; quod etiam Aduerſarij admittunt: & hoc planè ſuffi-
cit

cit ad propriam Compendioſam; de cujus ratione ſolum eſt quod verborum cõpendio plures caſus diuerſarum ſubſtitutionum complectatur: ſiue talis diuerſitas proueniat ex varietate temporum ad quę ſubſtitutio porrigetur, vt cùm facta eſt in tempus mortis ante, & poſt pubertatem: ſiue ex ipſa earum conditione, quæ etiam tempore vniformi aliter atque aliter ſe poſſunt habere; vt quando adjecta eſt cõditio citra mortem, ante cujus conditionis euentum contingere poteſt vt inſtitutus adeat, vel non adeat hæreditatem. Vnde cùm in definitione Compendioſæ dicitur, quòd complectitur plura tempora, quidam ſubaudiendum cenſent, vel plures caſus diuerſarum ſubſtitutionum; alij verò & meliùs intelligunt, non ſolùm tempus mortis ante, & poſt pubertatem, ſed etiam tempus ante, & poſt aditam hæreditatem, licèt hoc nihil ſit aliud, quàm caſus aditæ, & non aditæ hæreditatis; prout hæc omnia latiùs explicata, & authoritate DD. confirmata ſunt *d. ſect.* 1. *à numer.* 16. Ex quibus ſatis conſtat, quæ ſit natura, & propria ratio Compendioſæ.

975 Hinc intelligitur, cur hæc ſubſtitutio appelletur Compendioſa? Sic enim dicitur, quia verborum compendio plures ſubſtitutiones complectitur. Intelligitur etiam quomodo differat à Reciproca, ſeu Breuiloquâ, quæ etiã breui oratione plures ſubſtitutiones continet: differt enim primò, quia continet plures ſubſtitutiones ratione temporum, & caſuum diuerſorum, pro quibus fit: Reciproca verò illas continet ratione plurium perſonarum, inter quas fit. Secundò, quia Compendioſa neceſſariò cõprehendit plures ſubſtitutiones diuerſæ ſpeciei: non ita verò Reciproca; cùm fieri poſſit, vt duas tantùm ſubſtitutiones ejuſdem ſpeciei contineat, veluti duas Vulgares, vel duas Pupillares, *vt ſect. præced.* §. 3. declaratum eſt. Intelligitur tandem, Compendioſam ſubſtitutionem non eſſe in re ipſa peculiarem aliquam ſpeciem ab alijs diſtinctam, ſed collectionem plurium, ſolùmque poſſe dici peculiarem ſpeciem ſecundùm quid, id eſt, quoad formam & modum conceptionis, ſicut de Reciproca dictum eſt *ſect. præced.* §. 1. *fine*. Ita reſoluit Leon. *de Subſtitut. in materia Cõpendioſæ, num.* 20. *& ſeqq.* eſtque de mente omnium, licèt aliqui in modo dicendi diſcrepent, vt videre eſt apud Trentatacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 1. *num.* 2. *& ſeqq.*

§. 2. Quibus verbis Compendioſa ſubſtitutio fiat, factaue eſſe intelligatur?

SVMMARIVM.

Non tot quin plures excogitari poſſunt verborum formæ Compendioſam continentes, aliquæ tantùm celebriores explicandæ, num. 976.

Traditur regula, ex qua dignoſci poſſit, an verba contineant Compendioſam? numer. 977.

Subſtitutio facta per verbum obliquum non poteſt eſſe Compendioſa, num. 979.

Per verbum, Reſtituo, *ſi referatur ad ipſum teſtatorem poteſt fieri Compendioſa, ibid.*

Subſtitutio facta in codicillis, ſi conſtet verbis tractum temporis reſpicientibus, & fiat per verbum directum, aut commune, licèt non ſit propriè Compendioſa, tamen plures ſubſtitutiones Fideicommiſſarias diuerſæ rationis continere poteſt, ſcilicet ordinariam, & Pupillarem indirectam, num. 980.

Optima forma Compendioſæ eſt, quæ cõficitur verbis directis, aut communibus, adjuncto aduerbio diſtributiuo, Quandocumque, *vt cùm dictum eſt,* Quandocumque filius meus deceſſerit, ſit hæres Caius, vel ſubſtituo Caium; *num.* 981.

Quamuis non ſit appoſitum aduerbium, Quandocumque, *poſſunt verba eſſe talia, vt inducant Compendioſam, & apponuntur varia exempla, num.* 982.

Subſtitutio facta his verbis, Quandocum-

cumque Caius fuerit conſul, vel ſi nauis ex India venerit, ſubſtituo Seium filio meo, *eſt Compendioſa, & continet Vulgarem, Pupillarem, & Fideicommiſſariam, & quomodo id intelligatur? numer.* 983. *Aliqui opinantur non continere Pupillarem; num.* 984. *Excluditur hæc opinio; num.* 985. *Alia opinio eſt, continere tantùm Vulgarem, & Pupillarem; num.* 986. *Reijcitur; num.* 987.

Vt ſubſtitutio ſit propriè Compendioſa, ſatis eſt, quòd contineat Vulgarem, & Fideicommiſſariam, licèt non contineat Pupillarem; d. num. 985. *Satis etiam eſt, quòd contineat Vulgarem, & Pupillarem; d. num.* 987.

Quando Compendioſa facta eſt ſub conditione mortis, talis conditio intelligitur de morte naturali, & non purificatur per mortem ciuilem; num. 988.

Moriente fideicommiſſario priuſquam hæres grauatus reſtituere poſt mortem naturaliter moriatur, extinguitur fideicommiſſum, etiamſi hæres priùs fuerit mortuus ciuiliter; num. 989.

Si hæres grauatus reſtituere poſt mortem fiat monachus in Ordine ſuccedendi capaci, non ſtatim debetur fideicommiſſum, ſed expectatur mors naturalis ipſius monachi: & ſi ante illam fideicommiſſarius obeat, perit fideicommiſſum; nec ad hæredes illius tranſmittitur, ſed remanet monaſterio in perpetuum. Et ſimiliter, ſi fideicommiſſarius in tali Ordine profiteatur, & obeat ante grauati mortem, non ſuccedit monaſterium in eo fideicommiſſo; ibid.

Quid, ſi talis hæres fiat monachus in Ordine incapaci ſuccedendi, vt in Ordine Minorum? duplex eſt ſententia. Prima tenet expectari ſimiliter debere mortem naturalem talis Religioſi, & ante illam non deberi fideicommiſſum; num. 990. *& ſeqq. Secunda tenet, ſtatim à die profeſsionis in tali Ordine fideicommiſſum deberi; numer.* 993. *& ſeq. Vtraque ſententia eſt valde probabilis: prima tamen præfertur, licèt ſit minùs communis; num.* 995. *Retentâ verò ſecundâ, dubium adhuc eſt. Vtrum profeſsio in Ordine incapaci ſuccedendi cenſenda ſit mors naturalis, etiam cum præjudicio tertij, vt quando grauatus jus omne, quod in bonis habebat, vendiderat, aut donauerat pro toto tempore vitæ ſuæ? Pars affirmatiua eſt probabilis: at negatiua probabilior; num.* 996. *& ſeq.*

976 NOn eſt animus tradere in particulari omnia verba, quibus Compendioſa poteſt fieri, tactaque eſſe intelligitur: id enim eſſet impoſsibile; cùm verborum formæ Compendioſam continentes non tot quin plures excogitari poſsint. Vnde Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 51. quindecim; & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 223. octo ſupra viginti enumerauit; eâdemque facilitate plures addere poſſent, quod certè eſſet importunum, ac minimè doctrinale, cùm de ſingularibus non ſit ſcientia. Ergo vt rem hanc conuenienter explicemus, pro vniuerſa ſingularium formarum, ac verborum farragine, quamdam generalem ſtatuemus regulam: ac deinde pro maiori explicatione, aliquas celebriores formas trademus, & explicabimus, ex quibus facilè erit de quibuſuis alijs judicare.

Regula igitur in præſenti materia ſit: 977 quoties alicui ſit ſubſtitutio per verba habentia tractum temporis in futurum, & non apparet quòd teſtator ſe reſtrixerit ad vnam tantùm ſpeciem ſubſtitutionis, talia verba continent Compendioſam. Deſumo hanc regulam ex Barth *in l. Centurio, num.* 32. *ff. de Vulgari,* Bald. *in tract. de Subſt. tit. de Compendioſa, num.* 26. *verſ. Idem ſi,* Zaſ. *de Subſtit. cap.* 5. *num.* 1. Leon. *in ſuo etiam tract. de Subſtit. in materia Compendioſæ, num.* 28. qui magis hanc regulam exprimit, Mantica, *lib.* 5. *de Conjectur. vltim. vol. tit.* 3 *numer.* 15. *& ſeq* Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 34. *ſub numer.* 65. & cæteris communiter; qui omnes concludunt, eſſe ſubſtitutionem Compendioſam, quæ ſit appoſito verbo reſpiciente tractum temporis in futurum ex parte inſtituti, ſeu conditionis,

onis, ſub qua ei datur ſubſtitutus. Ratio eſt manifeſta; quia quando illud verbum apponitur, fit ſubſtitutio per reſpectum ad plura tempora: quæ in illo tractu in futurum per verbum ſignificato comprehenduntur, & ſic intelligitur fieri pro tempore ante, & poſt pubertatem, ſi perſona inſtituti id patiatur, & pro tempore ante, & poſt aditam hæreditatem, quod omni inſtituto conuenire poteſt: conſtat autem eſſe Compendioſam ſubſtitutionem, quæ talia tempora complectitur, cũ pro ratione illorum plures ſubſtitutiones diuerſæ rationis contineat, vt eſt notiſsimum, & patet ex dictis *§. præced. num.* 973. *& ſeq.*

978 Adhibita verò ſunt in prædicta regula verba, illa; *Et non apparet, quòd teſtator ſe reſtrinxerit*, &c. quia ſi conſtet quòd teſtator diſpoſitionem reſtrinxit ad vnam tantùm ſpeciem ſubſtitutionis, nulla alia ſpecies ibi continebitur, præter illam, quam teſtator fieri voluit, cùm hoc negotium totum ſit voluntatis, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, & ſic non poteſt eſſe Compendioſa, cùm de ratione Compendioſæ ſit, quòd plures ſubſtitutiones diuerſæ rationis contineat, vt ex dictis cõſtat.

979 Hinc fit, vt quando ſubſtitutio fuerit facta per verbum merè obliquum, non poſsit dici Compendioſa, licèt adjecta ſint verba reſpicientia tractum temporis, vt ſi dictum eſſet; *Quandocumque filius meus deceſſerit, reſtituat bona mea Titio:* vel, *Rogo hæredem à me inſtitutum, vt quandocumque deceſſerit, det meam hæreditatem Caio:* tunc enim propter vim verbi obliqui, quale eſt, *Reſtituat, Rogo, & ſimilia*, eſt tantùm ſubſtitutio indirecta, ſeu Fideicommiſſaria; Barth. *in d. l. Centurio; num.* 12. *&* 20. *ff. de Vulgari*, Polit. *de Subſtitution. tit. de Compendioſa, num.* 4. *&* 28. Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 5. *num.* 22. & cum multis alijs Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 51. *ſub num.* 51. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 223. *num* 21. *&* 40. cæterique omnes vt Barthol. & Polit. affirmant: & conſequenter non poteſt dici Compendioſa: licèt hoc ab aliquibus negetur, qui ſanè audiendi non ſunt. Secus dicendum, ſi in ſubſtitutione verbum obliquum, *Reſtituo*, referatur ad teſtatorem, vt ſi dictum eſt, *Quandocumque filius meus deceſſerit, reſtituo mea bona Caio:* tunc enim habet vim directi. Sic cum alijs Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *num.* 23. *in nouiſsima edit. aliàs num.* 19. & Fuſar. *d. q.* 223. *num.* 41.

Similiter ſi ſubſtitutio ſit facta in codicillis; quanuis conſtet verbis tractum temporis reſpicientibus non erit propriè Compendioſa, idque licèt non ſit facta per verbum obliquum, ſed per directum, aut commune; quia eo ipſo quòd facta eſt in codicillis, non poteſt valere jure directo, ſed tantùm obliquo, & ſic omni tempore eſt Fideicommiſſaria, vt eſt notiſsimum. Dixi autem quòd non erit propriè Compendioſa; nam impropriè, & lato quodam modo, talis dici poteſt, quia licèt non contineat plures ſubſtitutiones diuerſæ rationis, ſed tantùm Fideicommiſſariam, tamen propter diuerſitatem temporum, ad quæ porrigitur, ſic ſolùm Fideicommiſſariam continet, vt non vnã ſimplicem ſubſtitutionem, ſed duplicem, eamque diuerſæ rationis complectatur. Nam ſi pater filio impuberi in codicillis ſubſtituat verbis Compendioſæ, vt *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſubſtituo Caium*, talis ſubſtitutio pro tempore ante pubertatem eſt Pupillaris Fideicommiſſaria, in qua veniunt omnia pupilli bona ſubſtituto reſtituenda ab hæredibus ipſius pupilli, ſi is ante pubertatem decedat: & pro tempore poſt pubertatem eſt Fideicommiſſaria Vulgaris, ſeu ordinaria, in qua ſolùm veniunt bona, quæ à teſtatore ad filium peruenerunt, idque detractâ legitimâ ei debitâ prout hęc omnia à nobis tradita, & probata ſunt *ſect. præced. §.* 7. *num.* 946. Quare non immeritò talis ſubſtitutio Compendioſa dici poteſt, vtpote quæ verborum compendio plures ſubſtitutiones Fideicommiſſarias diuerſæ rationis complectatur. 980

Sic explicatâ prędictâ generali regula, facilè ex ea intelligitur optimam formam 981

Com-

Compendioſæ ſubſtitutionis eſſe, quæ conficitur verbis directis, aut communibus, appoſito aduerbio diſtributiuo, *Quādocumque*, vt cùm teſtator dicit; *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſit hæres Caius*, vel, *ſubſtituo Caium*. Quæ forma ab omnibus celebratur, & approbatur expreſsè per jus Luſit. *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 87. *§. vltim.* Et ratio eſt, quia per illud aduerbium trahitur apertè ſubſtitutio ad omnia tempora, & ſic tam ad tempus ante pubertatem inſtituti, quàm poſt pubertatem, & tam ad tempus ante aditam, quàm poſt aditam hæreditatem: ex quorum temporum varietate diuerſæ inducuntur ſubſtitutiones; & ſic euadit Compendioſa, de cujus propria ratione eſt, vt contineat plures ſubſtitutiones diuerſas per reſpectum ad diuerſa tempora, vt ex dictis liquet, & declarat optimè Barthol. *in d. l. Centurio, ſub num.* 26. *verſ. Quandocumque apponitur, ff. de Vulgari.*

982 Cæterùm quanuis non ſit appoſitum dictum aduerbium, *Quandocumque*, poteſt ſubſtitutio fieri talibus verbis, quæ ſuâptè naturâ ſignificent tractum temporis, & ſic inducant Compendioſam, perinde ac ſi illud aduerbium adjectum fuiſſet, vt notant Barthol. & Couar. *infra citandi*, Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 51. *numer.* 7. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 5. *numer.* 1. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *numer.* 9. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 223. *num.* 47. & alij permulti, quos referunt; & conſtat apertè per text. *in d. l. Centurio, ff. de Vulgari, & alia jura.* Talia verba erunt, ſi teſtator dicat; *Si filius meus deceſſerit abſque liberis, ſubſtituo Caium.* Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 32. *in ſecunda oppoſit.* Couar. *in cap. Raynutius*, §. 9. *num.* 2. *de Teſtament.* & cum multis alijs Menoch. *d. præſumpt.* 51. *numer.* 13. & Fuſar. *d. quæſt.* 223. *num.* 10. *&* 18. Item ſi dicat; *Si filius meus in pupillari ætate abſque liberis decedat*, vt multis relatis DD. tradidimus *ſect.* 3. *hujus diſp.* §. 3. *num* 482. *juncto num* 485. licèt aliqui refragentur, quos ibidem retulimus, & confutauimus: item ſi dictum ſit; *Si filius meus deceſſerit*, vel, *poſt mortem filij mei ſubſtituo Caium:* Glo. *in l. In teſtamento*, 1. *Cod. de Teſtam. milit.* Coſta *in cap. Si pater*, 1. *p. verſ. Si decederet, num* 3. *de Teſtament. in* 6. Menoch. *d. præſumpt.* 51. *num.* 7. *& ſeqq.* Fuſar. *d. q.* 223. *num.* 6. *&* 7. multique alij, quos præcitati referunt. Item ſi diceretur; *Si filius meus moriatur ante vigeſimum quintum annum ſubſtituo:* Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 9. Bald *de Subſtit. tit. de Compendioſa, num.* 1. Polit. *de Compendioſa, num.* 4. Leon. *tit. etiam de Compendioſa, num.* 28. Menoch. *d. præſumpt.* 51. *num.* 4. Couar. *in cap. Raynutius*, §. 9. *num.* 3. *de Teſtam* & Fuſar. *d. q.* 223. *num.* 3. & per text. *in d. l. Centurio.* Item quando dictum eſſet; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate*, vel, *poſt ſubſtituo Seium.* Couar. *in d. cap. Raynutius*, §. 9. *numer.* 3. *verſ. Item ſit*, Menoch. *d. præſumpt.* 51. *num.* 3. & Fuſar. *d. q.* 223. *num.* 1. licèt aliqui teneant fieri tunc plures ſubſtitutiones diſtinctas, vt Coſta *in d. cap. Si pater, in princip. num.* 13. *& d. verſ. Si decederet, num.* 2. & alij apud Fuſar. *ſup. num.* 2. qui rectè ibidem concludit, quidquid ſit de his contrarijs opinionibus ſubſtitutionem eſſe in effectu Compendioſam. Ratio horum omnium eſt; quia in omnibus prædictis verbis, ſeu formulis, ſit ſubſtitutio ſub conditione, quæ poteſt euenire ante, & poſt pubertatem inſtituti: item ante, & poſt aditam ab eo hæreditatem, vt ſingulas inſpicienti patebit: in omnibus enim apponitur, aut ſimplex conditio mortis, aut talis conditio vltra mortem, quæ quolibet illorum temporum euenire poteſt: patet autem eſſe Cōpendioſā ſubſtitutionē, quæ ſub mortis conditione, vel aliâ, tempora illa cōplectitur, vt *§. præced.* explicando illius definitionem vidimus.

Erit etiam ſubſtitutio Compendioſa; 983 ſi teſtator ita dixerit; *Quandocumque Caius fuerit conſul*, vel, *Si nauis ex Aſia venerit, ſubſtituo Seium filio meo.* Ita DD. communiter, teſte Emman. Coſta. *in d. cap Si pater, verſ Si decederet, n.* 4. qui quidem maximè fundantur in authoritate Bartholi, quatenus *in d. l. Centurio, numer.* 9. cum Azone, & alijs docet,

Compendioſam ſubſtitutionem eſſe,quæ ſub conditione mortis, vel aliâ, complectitur plura tempora. Vnde cùm ſubſtitutio prædictis verbis concepta fiat ſub tali conditione, quæ licèt non ſit mortis, tamen ad diuerſa tempora referri poteſt, intelligunt plerique DD. quòd ſtando in dicta ſententia Bartholi, ſi filius, cui talis ſubſtitutio facta eſt, repudiet hæreditatem patris, vel alio modo ab ea excludatur, & nauis ex Aſia venerit, admittitur ſubſtitutus ex Vulgari: & ſi filius poſt mortem patris in pupillari ætate deceſſerit, & nauis venerit ex Aſia, admittitur etiam ſubſtitutus ex Pupillari; & ſi filius adierit hæreditatem patris,& factus ſit pubes, nauiſque ex Aſia venerit, admittitur ſubſtitutus ex Fideicommiſſaria. Sic intelligunt Socin. ſen. *in d. l. Centurio, numer.* 18. & ibi Iaſ. *num.* 22. Decius *in l. Precibus, num.* 16. *Cod. de Impuber. & aliis ſubſtitut.* & alij, quos citant, & ſequuntur Couar. *in cap. Raynutius, §. 9. num.* 8. *verſ. Octauo,* Riminal. jun. *in d. l. Precibus, numer.* 312. Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 51. *num.* 18. *& ſeqq.* & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 223. *num.* 25. Aduerte autem, quòd licèt in hac ſententia ex vi dictæ ſubſtitutionis admittatur ſubſtitutus ex Fideicommiſſaria, ſi filius factus ſit pubes, & illa conditio extrinſeca implicatur, tamen non ſatis apud ipſos DD. conſtat, vtrùm talis Fideicommiſſaria intelligatur facta poſt mortem filij, an verò cogendus ſit filius hæreditatem reſtituere ſtatim vbi factus fuerit pubes, & nauis ex Aſia venerit? Qua de re latè diſputat Coſta *vbi ſupra, numer.* 5. Sed tamen plerique videntur ſentire, non debere intelligi factam poſt mortem, vt apud eundem Coſtam videri poteſt,& hoc etiam mihi videtur probabilius.

984 A prædicta communi ſententia recedunt Ripa *in d. l. Centurio, num.* 62. Alciat. *ibid. num.* 58. & Polit. *de Subſtitut. tit. de Compendioſa, num.* 4. qui credunt in prædicta formula non contineri Pupillarem, ducti ea ratione, quod illa conditio, *Si nauis ex Aſia venerit,* & quælibet ſimilis, poteſt verificari viuente adhuc pupillo; ſubſtitutio autem Pupillaris nonhabet locum, niſi poſt mortem pupilli,quod eſt notiſsimum:& hinc concludunt, ſubſtitutionem in dicta formula contentam non eſſe Compendioſam; de cujus ratione putant eſſe, quòd contineat Vulgarem, Pupillarem, & Fideicommiſſariam.

Non ſunt tamen hi DD. audiendi, 985 primò, quia in prædicta ſententia communi non admittitur contineri in illa formula Pupillarem ſubſtitutionem, niſi tantùm pro caſu, quo pupillus decedat ante pubertatem, & nauis veniat ex Aſia, rectè intelligendo, hunc etiam caſum verbis generalibus comprehendi in præfata ſubſtitutione; cùm reuerà etiam tali caſui verba dictę formulæ in generali conueniant, ſicut caſibus aliarum ſubſtitutionum. Secundò, quia ſatis eſt quòd in dictis verbis contineatur Vulgaris, & Fideicommiſſaria, ad hoc vt ſubſtitutio ita facta dici debeat Compendioſa, vt oſtendimus *ſup. hac ipſa ſect. §.* 1. *num.* 974. & latiùs *ſect.* 1. *hujus diſp. num.* 18. *ſeq.* Vnde ſi ſubſtitutio facta ſit ſub conditione omnino citra mortem, *Vt ſi ipſe filius inſtitutus aliquid fecerit,* talis ſubſtitutio eſt Compendioſa, vt expreſsè docet Barthol. communiter receptus *in dict. l. Centurio, numer.* 9. *verſ. Quod dico, ff. de Vulgari,* nihil obſtante, quòd in ea non contineatur Pupillaris, vt veriùs putamus, ſed tantùm Vulgaris, & Fideicommiſſaria, quas ibi DD. omnes agnoſcunt. Hoc etiam pacto ſi puberi, vel extraneo facta ſit ſubſtitutio ſub aliqua ex prædictis formis, *Vt quandocumque deceſſerit,* vel, *Si deceſſerit abſque liberis, &c.* talis ſubſtitutio eſt Compendioſa, vt optimè declarat Peregrin. *de Fideicommiſſ. artícul.* 34. *numer.* 4. & tenent plerique; cùm tamen certiſsimum ſit, non contineri Pupillarem, ſed tantùm Vulgarem, & Fideicommiſſariam.

Alia ratione dictam communem ſententiam impugnat, & ab omnibus citatis 986 DD. diſſentit Emman. Coſta *in d. verb. Si*

Si decederet, numer. 6. vbi vult, ſubſtitutionem in prædicta formula contentam eſſe Vulgarem, & Pupillarem, non autem Fideicommiſſariam, & ſic non eſſe Compendioſam. Ejus fundamentum eſt, quia ſi teſtator filio impuberi his ſolis verbis ſubſtituat, *Filio meo ſubſtituo Ioannem*, ſolùm intelligitur ei ſubſtituere vulgariter, & pupillariter, argum. *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, vbi ſic docent Paul. de Caſtr. *num.* 1. & Alex. *numer.* 4. & tenent etiam multi alij, quos retulimus *ſect. præced. §. 7. numer.* 950. vbi hoc ipſum latè probauimus agendo de Reciproca dictis verbis facta; ex eo autem quòd tali ſubſtitutioni addatur illa conditio, *Si nauis ex Aſia venerit*, non mutatur neque ampliatur ſenſus verborum, ſed tantùm efficitur vt Vulgaris, & Pupillaris in eis contenta euadat magis cõditionata, id eſt pendens ab illa conditione extrinſeca, à qua alias non penderet.

987 At neque hæc opinio admittenda eſt: facilè namque ad illius fundamentum reſpondetur, quòd per adjectionem illius conditionis (quæ ſanè habet tractum in futurum) intelligatur teſtator ſubſtituere filio pro quouis tempore, quo illa poteſt euenire: vnde cùm illa euenire poſſit tam ante, quàm poſt pubertatem inſtituti, & tam ante, quàm poſt aditam ab eo hæreditatem, rectè intelligitur, quòd pro omnibus his temporibus teſtator intendit ſubſtituere, & ſic facere Compendioſam, quæ prò tempore ante pubertatem ſit Pupillaris, ſi pupillus decedat in pupillari ætate, & nauis ex Aſia veniat; & pro tempore poſt pubertatem, ſi adita ſit hæreditas, & nauis ex Aſia veniat, ſit Fideicommiſſaria; & ſi neutro tempore hereditas adeatur, ſit Vulgaris: quę omnes ſubſtitutiones verbis generalibus intelliguntur expreſſæ in prædicta formula, cùm reuerà omnibus in generali conueniat, non minùs quàm ſi teſtator dixiſſet; *Quandocũque nauis ex Aſia venerit, ſubſtituo filio meo Titium* In qua formula contineri Compendioſam tres illas ſubſtitutionis ſpecies complectentem, ipſe etiam Coſta admittit *loco citat. num.* 15. Addo præterea, quòd licèt demus, non contineri Fideicommiſſariam in dicta ſubſtitutione, ſed tantùm Vulgarem, & Pupillarem, adhuc poſſe dici Compendioſam, vt tenet ſatis probabiliter Mantica *lib.* 5. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 3. *numer.* 19. quia de ratione Compendioſæ ſolùm eſt quòd verborum compendio contineat plures ſubſtitutiones diuerſæ ſpeciei.

Mitto alias formulas Compendioſæ ſubſtitutionis: nam ex hactenus traditis facilè de quibuſuis alijs judicari poteſt.

Explicatur ex occaſione, an conditio mortis poſita in ſubſtitutione intelligenda ſit de ſola morte naturali, vel etiam de ciuili, ſaltem quãdo ciuilis fuerit inducta per profeſſionem Religioſam?

Cæterùm cùm ordinariè Compendioſa fiat ſub conditione mortis, aut vltra mortem, vt dicendo; *Quandocumque filius meus morietur*, vel, *ſi deceſſerit abſque liberis*, &c. quæres ſatis vtiliter, an talis conditio intelligatur de ſola morte naturali, vel etiam de ciuili, ita vt ſi inſtitutus moriatur ciuiliter, conditio purificetur, & locum habeat ſubſtitutio? Reſpondetur intelligi de ſola morte naturali: ita Barth. & alij *in l. Status, §. Cornelio, ff. de Iure Fiſci*, idem Barth. & cæteri communiter *in l. Cum pater, §. Hæreditatem*, 1. *ff. de Leg.* 2. idem Barth. *in l. Ex facto, §. Ex facto, ff. Ad Trebel.* & ibi Jacob de Arct. Alex. Alberic. de Roſa, Ripa & alij, quos citat & ſequitur Trentac. *de Subſtit. p.* 4. *cap.* 6 *n.* 1. Conſtat apertè per text *in d. §. Hæreditatem, & in d. §. Cornelio*, vbi fideicõmiſſũ relictũ in diẽ mortis non cedit per deportationẽ hæredis grauati, quæ eſt mors ciuilis, 988

ſed ſolùm per mortem naturalem. Accedit præterea ratio, quia in dubio debent verba intelligi naturaliter & propriè, non ciuiliter & fictè, vel impropriè, *l. fin. Cod. de His qui ven. ætat. impet.* Vnde in dubio verba, *Sine liberis*, intelliguntur de naturalibus, non de ciuilibus, *l. Fideicommiſſum*, *ff. de Condit. & demonſtrat.* & mortis appellatione ſignificatur naturalis, *l. Ex ea parte*, *§. Inſulam*, *ff. de Verbor. obligat.* Gloſ. *in cap. Suſceptum*, *de Reſcript. in 6. & in cap. Placuit*, 17. *q.* 1.

989 Hinc ſequitur, quòd moriente fideicommiſſario priuſquam hæres grauatus poſt mortem reſtituere moriatur naturaliter, fideicommiſſum extinguitur, etiamſi hæres priùs ſit mortuus ciuiliter, vt conſtat per text. *in dict. §. Cornelio*, *juncta Gloſ.* ibi: *verb. Ipſe*, & tenent omnes. Vnde ſi hæres tali modo grauatus fiat monachus in Ordine capaci ſuccedendi, quamuis per profeſsionem moriatur ciuiliter, id non ſufficit vt ſtatim poſt ipſam profeſsionem fideicommiſſum debeatur, ſed expectanda eſt mors naturalis ipſius monachi; & ſi ante illam fideicommiſſarius moriatur, perit omnino fideicommiſſum, nec ad hæredes illius tranſmittitur, ſed remanebit perpetuò apud monaſterium; Salic. *in l.* 1. *num.* 6. *verſ. Item prædicta*, *Cod. de Hæred. inſtitut.* Menchac. *de Succeſſ. creat. lib.* 3. *§.* 21. *num.* 170. Meres *de Maior. in 1. edit. p.* 2. *q.* 3. *num.* 19. Bened. Ægid. *in l.* 1. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ. p.* 4. *§.* 2. *num.* 7. Guttierr. *qq. canon. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 64. & Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 3. *num.* 76. *& ſeq.* vbi etiam notat, quòd ſi fideicommiſſarius eſt ingreſſus monaſterium ſuccedendi capax, & obijt ante grauati mortem, non ſuccedit monaſterium; quia moriente fideicommiſſario ante grauatum reſtituere poſt mortem, perit fideicommiſſum, nec transfertur ad liberos, vt notat Gloſ. communiter recepta, *in l. vnica*, *verb. Derelictis*, *Cod. de His qui ante aper. tab.*

990 Difficultas verò eſt, ſi hæres grauatus reſtituere poſt mortem profiteatur in Ordine Minorum, vel in alio ſuccedendi incapaci, an ſimiliter fideicommiſſum non debeatur à die profeſsionis, ſed expectanda ſit mors naturalis ipſius grauati? Affirmant Felin. *in cap. Ad liberandum*, *num.* 1. *notab.* 2. *de Iudicijs*, Ripa *in l. Ex facto*, *§. Ex facto*, *num.* 12. *ff. Ad Trebel.* Bartholom. Socin. *in l. Cum auus*, *num.* 104. *ff. de Condit. & demonſtr.* Emman. Coſta *in l. Gallus*, *§. Et quid ſi tantùm*, *p.* 2. *num.* 12. *ff. de Liber. & poſthum. & in cap. Si pater*, 1. *p. verb. Si abſque liberis*, *numer.* 61. *de Teſtament. in 6.* vbi dicit hanc videri communem Recentiorum ſententiam, Menchac. *de Succeſſ. creat. lib.* 3. *§.* 21. *num.* 171. vbi alios refert, Cald. *de Nominat. emphyt. q.* 6. *num.* 19. *fine*, Bened. Ægid. *loco ſupra citat.* & alij multi, quos citat & ſequitur Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 4. *cap.* 6. *poſt med.* Probant primò, quia conditiones ſunt implendæ in ſpecifica forma, *l. Qui hæredi*, *in princip. & l. Mæuius*, *ff. de Condition. & demonſtr.* ſed fideicommiſſum, de quo loquimur, factum eſt ſub conditione, ſaltem tacita, ſi inſtitutus moriatur ante fideicommiſſarium; ergo vt tale fideicommiſſum debeatur opus eſt vt illa conditio impleatur verè & in reipſa, & non ſatis eſt quòd inſtitutus moriatur fictè, ſeu æquipollenter.

Probant ſecundò & principaliter, quia 991
mors ciuilis non æquiparatur naturali, quando non operatur eundem effectum, vt probat text. *in l. Ex ea*, *§. Inſulam*, & ibi DD. communiter, *ff. de Verbor. obligat.* ſed in præſenti caſu mors ciuilis per illam profeſsionem non operatur eoſdem effectus, quos mors naturalis, ſeu ejus expectatio operari poteſt: nam ſi mors naturalis expectanda eſt vt fideicõmiſsũ debeatur, talis expectatio operatur, vt hæres grauatus diſponere poſsit ante profeſsionem, vt bona tali fideicommiſſo ſubjecta dentur alteri, qui eis fruatur toto tempore, quo ipſe hæres naturaliter vixerit: eo autem nihil diſponẽte, operatur vt ſtatim poſt illius profeſſionẽ deueniant ea bona ad hæredes ab inteſtato venẽtes,

qui

qui tacitè ab illo cenſentur inſtituti, *l. Cōficiuntur, in princip. ff. de Iur. codicil.* & hi hæredes illis bonis fruentur quandiù grauatus naturaliter vixerit, ſolùmque poſt ejus mortem ea reſtituere tenentur; idque ſi ſubſtitutus illi ſuperuixerit. Nam ſi jam mortuus ſit, omnino perit fideicommiſſum, ceſſatque omnis reſtituendi obligatio, etiamſi nondum mortuus eſſet quando grauatus profeſsionem fecit; & hic eſt alter effectus, quem dicta mortis naturalis expectatio operatur. In fauorem etiam ipſius ſubſtituti operatur, vt non excludatur per liberos grauati, ſi is ſub eorum conditione fuit grauatus, eoſque habebat tempore profeſsionis, at tempore mortis naturalis jam obierant. Hos effectus non operatur mors ciuilis per dictam profeſsionem, imò eos excludit, vt patet: ergo non debet æquiparari morti naturali in præſenti materia.

992 Confirmatur hoc fundamentum per *dict. l. Status, §. Cornelio, ff. de Iure Fiſci,* vbi cùm hæres grauatus reſtituere poſt mortem deportatur, non ſtatim poſt deportationem fideicommiſſarius admittitur, ſed ſolùm poſt illius mortem naturalem, & interim gaudet Fiſcus vſufructu bonorum; & redditur ibi ea ratio, quia poſſet fideicommiſſarius mori ante ipſum grauatum, & ſic ceſſare reſtitutio, manereque talia bona in perpetuum penes Fiſcum; cum qua lege cohæret *dict. l. Cum pater, §. Hæreditatem, 1. ff. de Leg. 2. & l. Vxoris, in fine, Cod. de Donat. inter vir. & vxor.* Ex quibus omnibus elicitur, quòd quando expectatio mortis naturalis poteſt aliquid operari, vel in fauorem venientium ab inteſtato, vt *in dict. l. Vxoris, in fine,* vel Fiſci, vt *in dict. §. Cornelio, & in dict. §. Hæreditatem,* (qui Fiſcus tam quoad onera, quàm quoad emolumenta, loco hæredis habetur, *l. 2. Cod. Ad leg. Iul. de Vi, l. Inter eos, §. fin. ff. de Fideiuſſor. & l. Si merito, ff. Solut. matrimon.*) vel ſubſtitutorum, vt *dict. §. Hæreditatem,* expectanda eſt mors naturalis hæredis grauati, nec ſatis eſt mors ciuilis, vt fideicommiſſum cedat fideicommiſſario. Ergo cùm in noſtro caſu expectatio mortis naturalis poſsit operari, tum in fauorem venientium ab inteſtato, tum etiam ipſius ſubſtituti, vt declaratum eſt; benè concluditur debere mortem naturalem expectari, & non cedere fideicommiſſum per mortem ciuilem, quam dicta profeſsio inducit.

Nihilominus contrariam ſententiam 993
tenent Barthol. *in dict. l. Cum pater, §. Hæreditatem, 1. numer. 3. ff. de Leg. 2.* & ibi Bald. idem Barthol. *in tract. Minoritarum, 4. p. verſ. Illi etiam hæredes inſtituti,* Angel. *in dict. l. Ex facto, ff. Ad Trebel.* & ibi Cuman. *num. 4.* Vincent. de Franchis *Deciſ. Neap. 14. numer. 7. p. 1.* Abbas *in cap. In præſentia, de Probat.* & ibi Anton. de Butr. Decius *numer. 261. in noua edit.* Beroius *numer. 534.* Pariſ. *numer. 51.* & Lancelot. *num. 18.* Ruin. *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, ff. de Liber. & poſthum.* Alex. *conſil. 13. lib. 3.* dicens hanc eſſe communem opinionem, Socin. *conſil. 92 lib 1* qui dicit ab hac communi opinione non eſſe recedendum, Corn. *conſil. 258. lib. 3.* Pariſ. *conſil. 65. lib. 2.* Iaſ. *conſil. 135. lib. 3.* Rolan. à Valle *conſil. 97. num. 41. lib. 2.* Couar. *in cap. 2. de Teſtament. num. 6.* Greg. Lop. *in l. 14. tit. 5. part. 6. verbo, Tanto tiempo,* Surd. *conſil. 557. num. 10. & 12. lib. 4.* Simon de Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib. 2. interpret. 1. dub. 1. ſolut. 6. num. 5.* Guttier. *qq. canonic. lib. 2. cap. 1. num. 62. & ſeqq.* Peregrin. *de Fideicommiſ. art. 28. num. 62.* Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 186. n. 4.* Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 3. num. 79.* & alij.

Fundamentum hujus ſententiæ eſt, quia 994
profeſsio in Religione incapaci ſuccedendi æquiparatur morti naturali, quantùm ad vim reddendi perſonam omninò expropriatam, & incapacem quidquam retinendi per ſe, vel per alium, qui nomine & ex perſona illius retineat; ſiquidem neque ipſe profeſſus, neque monaſterium ex illius perſona in re aliqua ſuccedere, quidquamue habere poteſt. Ergo non eſt cur ad reſtitutionem fideicommiſſi, quod juſſus fuerat reſtituere poſt mor-

mortem, expectanda ſit mors naturalis, ſed ſtatim poſt talem profeſſionem illlud debet reſtituere. Confirmatur nam propter dictam incapacitatem quidquam retinendi per ſe, vel per alium, quam dicta profeſſio inducit, æquiparatur ea profeſſio morti naturali, quantum ad vim confirmandi teſtamentum, vt eſt communiſſima ferè omnium ſententia, quam relatis plurimis tradit, & bene probat Sanch. *d. cap.* 3. *num.* 69. ergo etiam æquiparari debet morti naturali, quantum ad hoc vt fideicommiſſum relictum poſt mortem cedat ſtatim poſt ipſam profeſsionem.

995 Ambæ hæ ſententiæ ſunt valde probabiles, ſed tamen prima in puncto juris videtur verior, licèt ſit minùs communis. Ad fundamentum ergo pro ſecunda adductum reſpondetur, quamuis profeſsio illa æquiparetur morti naturali, quantum ad effectum expropriandi perſonam, & & reddendi eam incapacem retinendi vlla bona tam in particulari, quàm in communi, ſeu vt pars communitatis, inde non ſequi, quòd etiam æquiparetur quoad effectum, vt fideicommiſſum relictum poſt mortem ſtatim poſt ipſam profeſsionem debeatur: & ratio eſt, quia quòd fideicõmiſſum tali, vel tali tempore debeatur, non pendet à diſpoſitione, vel conditione, & ſtatu grauati, ſed ſolùm à voluntate teſtatoris, qui voluit vt tali, vel tali tempore illa bona reſtituerentur: & ideo licèt grauatus tranſierit per profeſsionem ad ſtatum, in quo nullo modo poteſt bona retinere, nec de illis diſponere, inde non ſequitur, vt ſtatim fideicommiſſum cedat fideicommiſſario, ſed expectanda eſt mors naturalis ipſius profeſsi: nam teſtator fideicõmittendo poſt mortem, de naturali interpretandus eſt, & non de ficta, vt conſtat ex dictis *ſupra, num.* 988. Et hinc etiam patet reſponſio ad confirmationem, nam ex eo quòd per illam profeſsionem omnino perſona monachi exproprietur, bene ſequitur quòd per illam confirmetur ejus teſtamentum, ac ſi naturaliter moreretur, cùm non minùs maneat incapax retinendi vlla bona, vel de illis diſponendi, tanquam de proprijs, quàm ſi jam naturaliter obijſſet, non autem ſequitur quòd fideicommiſſum relictum poſt ejus mortem debeatur, vt probatum eſt.

Retentâ verò ſecundâ ſententiâ magis communi, grauis in ea difficultas eſt, vtrùm dicta profeſsio cenſenda ſit mors naturalis ad effectum, vt dictum fideicommiſſum ſtatim poſt illam debeatur, etiam cum prejudicio tertij? Vt quando grauatus, jus omne, quod in bonis habebat pro toto tempore vitæ ſuę, venditione, vel donatione, aut alio titulo in alium tranſtulit, & poſtea in Ordine Minorum profeſſus eſt: quo in caſu dubitatur, vtrùm talia bona ſtatim poſt eam profeſsionem debeantur fideicommiſſario, cui poſt grauati mortem relicta ſunt, vel potiùs expectanda ſit mors naturalis ipſius grauati, vt interim eis fruatur emptor, vel donatarius, in quem ille ſuum jus tranſtulit? Aliqui ſentiunt etiam in præiudicium illius tertij profeſsionem cenſeri mortem naturalem, ac proinde ſtatim à die profeſsionis fideicommiſſum deberi, Sic Gratus *conſil.* 68. *num.* 14. *lib.* 1. & Hondedeus *conſil.* 62. *num.* 38. Pro qua ſententia nonnulla fundamenta ſatis probabilia adducit Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 3. *num.* 80. 996

At multò probabilius eſt non debere illam profeſsionem cenſeri mortem naturalem in præjudicium tertij, atque adeo expectandam eſſe mortem naturalem ipſius profeſsi, & interim ea bona habiturum illum, in quem alienata ſunt. Ita expreſſè Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 28. *numer.* 62. *fine*, & Sanch *d. cap.* 3. *num.* 81. poſt Bald. *conſil.* 280. *incip. Factum tale, fine, lib.* 1. Ratio eſt, tum quia, vt Baldus arguit, mutatio ſtatûs alienantis non officit juri jam quæſito per eum, in quem alienatio eſt facta: tum quia illa profeſsio operatur expropriationem eorum, quæ profeſſus tunc poſsidebat, non verò extinctionem, ſeu ceſſationem juris, quod in alterum tranſtulerat: tum deniq; quia cùm grauatus ſolùm fictione juris cenſeatur naturaliter mortuus per illam profeſsionem, non debet talis fictio quid- 997

quidquam operari in præjudicium tertij cui jus quæſitum eſt. Nam fictio juris, non perperam, ſed ex naturali quadam æquitate inducta eſt, & ſic nihil contra eam operatur: eſſet autem contra ipſam æquitatẽ, ſi in præjudicium tertij operaretur, efficiendo vt quis cum alterius jactura locupletaretur. Quod optimè multis relatis DD. illuſtrat Sanch. *loco citat.* vbi etiam reſpondet fundamentis à ſe pro contraria ſententia adductis.

§. 3. *Quæ ſubſtitutiones contineantur in Compendioſa facta impuberi per militem, vel alium priuilegijs militaribus gaudentem?*

SUMMRAIUM.

Miles poteſt directè ſubſtituere filio poſt aditam hæreditatem, etiam in tempus poſt pubertatem; ſi autem nolit vti ſuo priuilegio, ſed tantùm facultate juris communis, ſubſtitutio, quam filio fecerit poſt aditam hæreditatem, erit Fideicommiſſaria in tempus poſt pubertatem; num. 998.

Subſtitutio Compendioſa fieri poteſt tum verbis directis, ciuilibus aut non ciuilibus, tum communibus, tum etiam obliquis; num. 999.

Compendioſa facta per militem filio verbis directis pro omni tempore eſt directa; ita vt ſi filius decedat ante aditam hæreditatem, ſit Vulgaris; ſi poſt aditam, & in pupillari ætate, ſit Pupillaris: ſi autem poſt pubertatem, adita etiam hæreditate, ſit Militaris. Et quæ bona veniant in his ſubſtitutionibus? num. 1000.

Vtrum præfata reſolutio procedat, licèt mater inſtituti ſit in medio? Negant multi tenentes, dictam ſubſtitutionem in tali caſu eſſe Fideicommiſſariam poſt pubertatem, non verò Militarem; num. 1001. *Plerique tamen affirmant, contendentes, quòd etiam matre exiſtente in medio illa ſubſtitutio eſt directa Militaris poſt pubertatem, & hæc ſententia præfertur;* numer. 1002. *& ſeqq. An mater etiam à legitima, quam filius habuit ex bonis patris, per dictam Militarem excludatur?* num. 1005. *& ſeqq.*

Compendioſa facta filio à milite verbis communibus pro omni quoque tempore eſt directa, etiam poſt pubertatem inſtituti, & aditam ab eo hæreditatem; num. 1009. *Hoc vltimum à multis impugnatur, qui tenent poſt pubertatem eſſe hanc ſubſtitutionem Fideicõmiſſariam;* num. 1010. *Eorum opinio rejicitur, & reſpondetur ejus fundamentis;* num. 1011. *Si autem mater inſtituti ſit in medio, admittitur eſſe ſubſtitutionem Fideicommiſſariam poſt pubertatem;* num. 1012.

Compendioſa facta per militem verbis merè obliquis omni tempore eſt Fideicommiſſaria; num. 1013.

Quàm vtile ſit ſubſtituto ſuccedere in bonis militis potiùs jure Militaris directæ, quàm Fideicommiſſariæ? n. 1014. *remiſſiuè.*

Ante omnia pro ijs, quę hîc & in ſequentibus dicenda ſunt, aduertere oportet, quòd miles, & qui militaribus gaudet priuilegijs, poteſt hæredem directò inſtituere vſque ad certum tempus, & poſt tale tempus inſtituere alium, etiam directò, *l. In fraudem,* 16. *§.* 1. *verſ. Miles, & l. Miles,* 41. *ff. de Milit. teſtament. cum concord.* & illa ſecunda inſtitutio dicitur ſubſtitutio Militaris, vtpote quę à ſolis militaribus, ſeu militari priuilegio gaudentibus, fieri poteſt: vnde miles non ſolùm poteſt ſubſtituere directò filio impuberi, ſi deceſſerit ante pubertatem, quamadmodum pagani quoque ſubſtituere poſſunt, ſed etiam poſt pubertatem, & adita jam hęreditate, quod pagani efficere non poſſunt, cùm ſecluſis priuilegiis, nemo poſsit ſubſtituere directò poſt aditam hæreditatem, niſi 998

filio impuberi decedenti ante pubertatem, per Pupillarem ſubſtitutionem; vel filio mentecapto, per Exemplarem, quæ ad ſimilitudinem Pupillaris inducta eſt, prout hæc omnia ex ſuperioribus cōſtant, & ſunt notiſsima. At ſi miles nolit vti ſuo priuilegio, ſed tantùm facultate juris communis,ſubſtitutio, quam fecerit poſt aditam hæreditatem filio decedenti poſt pubertatem, vel cuilibet extraneo, erit indirecta, ſeu Fideicommiſſaria;ſicut ſi eſſet facta à pagano, vt etiam eſt indubitatum: & hinc oritur peculiaris difficultas circa Compendioſam factam à milite, an, & quando cenſenda ſit facta juxta priuilegium militare, ita vt etiam pro tempore poſt pubertatem inſtituti, & poſt aditam hæreditatem ſit directa, & non Fideicommiſſaria.

999 Aduertendum præterea eſt, ſubſtitutionem Compendioſam fieri poſſe, tum verbis directis, ciuilibus aut non ciuilibus, tum communibus, tum etiam obliquis, ſeu indirectis;de quibus verbis,quænam ſint, & vnde dignoſcantur? Satis in ſuperioribus dictum eſt, præſertim *diſp. præced. ſect.* 3. *numer.* 24. & hac ipſa *diſp. ſect.* 3. *§.* 3. *num.* 497. quo ſecundo loco ſpeciatim declarauimus,quæ verba dicantur directa ciuilia, & quæ directa non ciuilia: vnde non oportet hujuſmodi verborum differentias hoc loco explicare; ſi quis tamen maiorem eorum notitiam deſiderat,videat DD. à nobis locis citat. allegatos, maximè verò Trenſacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 4. qui latiſsimè, & deſcendendo ad plurima particularia, de his verbis tractat.

His animaduerſis, per aliquot concluſiones quæſtioni propoſitæ ſatisfaciemus.

1000 Prima concluſio ſit. Si miles filio impuberi per Compendioſam ſubſtituat verbis directis, vt cùm dixerit; *Et quandocumque filius meus deceſserit, inſtituo Caium*, vel, *ſit hæres Caius:* talis ſubſtitutio omni tempore eſt directa; ita vt ſi filius decedat ante aditam hæreditatem ſit Vulgaris; ſi poſt aditam, & in pupillari ætate, ſit Pupillaris, in qua veniant omnia filij bona,ideſt,tam quæ à patre,quàm quæ aliunde ei obuenerunt: ſi autem decedat poſt pubertatem, adita etiam hæreditate, ſit Militaris, in qua ſolùm veniunt bona,quæ filius ex paterna hæreditate habuit. Hanc concluſionem probat text. *in l. Centurio, ff. de Vulgari*, & ibi communiter DD. eſtque ab omnibus recepta, vt apud infra citandos videri poteſt. Ratio patet, quia cùm miles pro omnibus dictis temporibus poſsit ſubſtituere directò, vt dictum eſt, planè ſi in Compendioſa pro illis omnibus factâ vtatur verbis directis, talis ſubſtitutio pro illis omnibus euadit directa, juxta propriam ſignificationem verborum.

Vtrum autem hæc concluſio procedat, etiam ſi mater inſtituti in medio exiſtat? Magna inter DD. eſt controuerſia. Multi enim ſentiunt, quòd in tali caſu Compendioſa à milite facta non eſt directa Militaris poſt pubertatem, ſed Fideicommiſſaria, quanuis facta ſit verbis directis, & ciuilibus. Ita Gloſ. *in l. Precibus, verb. Fideicommiſsi, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi cum alijs antiquis Barthol. *num.* 4. *&* 11. Bald. *numer.* 26. Alberic. *num.* 5. Salic. *col.* 3. Angel. *num.* 7. Caſtr. *num.* 14. *verſ. Cujus*, Aretin. *num.* 1. & Corn. *num.* 30. *&* 28. vbi dicit hanc eſſe magis communem opinionem, Gloſ. *in l. Centurio, verb. Dumtaxat, ff. de Vulgari*, & ibi Imola, *num.* 7. Alciat. *num.* 45. Zaſ. *num.* 30. *&* 36. Galliaula *numer.* 245. Bald. *tract. de Subſtitut. tit. de Compendioſa, numer.* 3. Polit. *tit. etiam de Compendioſa, numer.* 15. Zaſ. *tract. etiam de Subſtitut. cap.* 5. *num.* 11. & alij, quos refert Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 8. *num.* 2. *verſ. Per ſupradicta*, & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 234. *num.* 2. Mouentur per text. *in d. l. Precibus*, vbi in caſu, quo miles filio impuberi ſubſtituit per Compendioſam, matre in medio exiſtente, reſoluitur, quòd ſi talis filius hęreditatem adijt, & poſt pubertatem deceſsit, poteſt ſubſtitutus, veluti ex cauſa fideicommiſsi, petere à matre filij ſucceſsionem obtinente bona quæ cùm filius moreretur patris ejus fuerunt. Et quòd illa Compendioſa fuerit facta ver-

verbis directis; conſtat ſatis, tum ex propoſitione caſus, quæ in principio illius textus facta refertur per ipſam matrem, ibi: *Proponis, & ſecundum hæredem ſcripſiſſe*, ideſt, ſubſtitutum; tum ex reſponſione Imperatorum, ibi: *Eos habeat hæredes, quos pater ei conſtituerit:* vnde intelligitur ſermonem eſſe de ſubſtitutione facta per verbum directum, *Sit hæres*, vel, *Sint hæredes*.

1002 Nihilominus traditam concluſionem procedere, etiam matre exiſtente in medio, tenent plerique volentes dictam ſubſtitutionem etiam poſt pubertatem inſtituti, qui adiuit, valere jure directæ Militaris. Sic Barthol. ſibi contrarius *in d. l. Centurio, num.* 12. & ibi Bald. *col.* 1. *verſ. Tertiò oppono*, Paul. de Caſtr. *num.* 6. Alex. *num.* 52 Socin. ſen. *num.* 27. *fin.* Lanfrancus de Oriano, *num.* 17. Iaſ. *num.* 19. *& ſeq.* Ripa, *num.* 66. Cephal. *num.* 477 *& ſeq.* vbi teſtatur de communi opinione, & alij communiter, Barthol. *in l. In teſtamento, in fine, Cod. de Teſtament. milit.* & ibi Alex. *num.* 16. Fulgoſ. *in d. l. Precibus, num.* 11. & ibi Alex. *numer.* 10. Curt. jun. *num.* 39. dicens eſſe magis communem opinionem, Jaſ. *num.* 9. Sebaſt. Sapia *num.* 44 qui etiam teſtatur de magis communi, Cagnol. *num.* 145. Caccialup. *num.* 38. & Coraſ. *num.* 54. Imol. *in cap. Raynutius, num.* 177. *de Teſtam.* & ibi Guilliel. Bened. *in materia Compendioſæ, num.* 9. & Couar. §. 9. *num.* 6. Paul. Leon. *de Subſtit. in materia Compendioſæ, num.* 60. *& ſeqq.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 52. *num.* 2. P. Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 192. *verſ. Stando in ſolo jure communi*, Trentacinq. *d. cap.* 8. *num.* 2. dicens hanc eſſe communem, & receptam hodie ſententiam, multique alij, quos citati referunt.

1003 Fundantur *in d. l. Centurio*, vbi abſolutè & indiſtinctè habetur, dictam ſubſtitutionem valere etiam in tempus poſt pubertatem ex priuilegio militari, ſeu vt Militarem (quæ eſt directa) atque ex ea filio poſt pubertatem decedente capi à ſubſtituto bona patris dumtaxat, cum fructibus inuentis in hæreditate. Quæ lex cùm non diſtinguat an mater ſit, vel non ſit in medio, generaliter & indiſtinctè intelligenda eſt, nec vllus matris fauor conſiderari debet, ad hoc vt ſubſtitutio verbis directis facta obliquanda ſit; cùm id ſit contra propriam verborum ſignificationem, à qua in dubio recedendum non eſt, ob fauorem matris, præſertim in ſubſtitutionibus; cùm videamus per Pupillarem, etiam verbis tantùm generalibus expreſſam, matrem pupilli excludi, vt eſt commmuniſsima DD. ſententia, quam ſæpius in ſuperioribus tradidimus, præſertim *ſect.* 3. *hujus diſp.* §. 15. & conſtat apertè *ex l. Lucius,* 45. *in fine princip. ff. de Vulgari,* vbi mater excluditur per Pupillarem contentam verbis generalibus in Reciproca, valetque inde argumentũ à fortiori, cùm longè maius præjudicium matri ſequatur ex eo quòd excludatur per Pupillarem, quàm quòd dicta Compendioſa admittatur potiùs vt directa, quàm vt Fideicommiſſaria poſt pubertatem, vt patet.

Maximè verò laborant hujus ſententiæ 1004
Authores in conciliandа *d. l. Precibus,* qua Aduerſarij nituntur, cum *d. l. Centurio*, adeoque ſunt varij hac in re, vt vix ad numerum redigi poſsint explicationes, & conciliationes diuerſæ, in quas diuiduntur. Cæterùm, omnibus alijs omiſsis, ea mihi videtur optima, aut ſaltem expeditior conciliatio, quam multi probant aſſerentes *in d. l. Precibus,* nihil dici, quòd ſtare non poſsit cum ſucceſsione directa, quæ *in d. l. Centurio,* indiſtinctè admittitur, quia ibi (ideſt *in d. Precibus*) non dicitur quòd ſubſtitutus poteſt ſuccedere ex cauſa fideicõmiſsi, ſed veluti ex cauſa fideicõmiſſi quod ſolũ indicat ſimilitudinẽ, quã directa Militaris habet cum Fideicõmiſſaria; ſiquidẽ in vtraq; ſolũ veniunt bona teſtatoris, nõ verò inſtituti, idq; abſque diminutione, non enim detrahitur quarta de bonis fideicõmiſsi per militem relicti, *l. In teſtamento,* 2 *Cod. de Teſtam. milit.* & licèt ibidem dicatur, quòd ſubſtitutus poterit petere à matre illa bona; hoc etiam rectè ſtat abſque eo quòd eſſent debita ex fideicommiſſo: quia poteſt dici

Digitized by Google

dici propterea petenda fuiſſe à matre, quia cùm mater ſucceſsiſſet filio ab inteſtato, & bona quę patris fuerant, eſſent conjuncta, & confuſa cum bonis filij, in quibus illa ſucceſſerat, ipſa mater poſsidebat omnia illa bona, etiam quę patris fuerant, ſiquidem putabat ſe omnium eſſe hæredem, eaque omnia retinuit, quamobrem ei fuit lis mota, & ſic ab ea petenda erant, quamuis ad ſubſtitutum ſpectarent ex directa Militari, ex qua aliàs propria authoritate capi poſſent. Hanc explicationem admittunt, ac cæteris præferunt Fulgoſ. *in d. l. Precibus*, Couar. *in d. cap. Raynutius*, §. 9. *à num.* 6. vbi alios refert, Paul. Leon, *ſupra, num.* 85. *& ſeqq.* Molin. *d. diſp.* 192. *verſ. Stando in ſolo jure*, & multi alij, quos citant, licèt non ſequantur Emman. Coſta *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Interdum, num.* 58. *de Teſtament. in* 6. & Menoch. *d. præſumpt.* 52. *num.* 6. *&* 7. Nec obſtant, quæ ipſe Coſta, & ex eo Menoch. *num.* 8. contra illam ſubtiliter objiciunt: ſunt enim adeò ſubtilia & leuia, vt facili negotio à quolibet mediocriter docto exſuflari poſſint: vnde non oportet ea hìc referri, aut refelli. Admiſſâ itaque prædictâ conciliatione, facilè per *d. l. Centurio*, conſtat dictam Compendioſam valere poſt inſtituti pubertatem jure directo Militaris, etiam matre inſtituti extante: & ita prædictæ communi ſententiæ ut veriori adhęreo.

1005 Aduerte autem non ſatis hodie conſtare, an per ipſam directam Militarem mater omnino excludatur à bonis, etiam quę fuerant teſtatoris, ita vt etiam priuetur legitimâ, quam filius habuit ex bonis patris? Ratio pro parte negatiua eſt, quia licèt jure Digeſtorum conceſſum eſſet militi, vt poſſet per ſubſtitutionem filio factam excludere matrem, & alios aſcendentes à legitima filij puberis in bonis ipſius militis, vt bene contra alios probat Emman. Coſta *in d. verb. Interdum, numer.* 51. & tenent Couar. *d.* §. 9. *numer.* 10. Molin. *d. diſp.* 192 *verſ. Couar. loco*, Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 8. *numer.* 14. & alij communiter, per text. *in l. Cum filiusfamil. ff. de Milit. teſtam. & alia jura*: id tamen videtur reuocatum per jus Codicis, & Authenticorum; nam *in l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. teſtament.* rejicitur à legitima omne onus, & grauamen: per Militarem autem ſubſtitutionem non minùs grauatur inſtitutus, quàm per Fideicommiſſariam, cùm per vtramque maneat obligatus integram hæreditatem, ſeu bona ſubſtituto conſeruare: vnde ſicut non poteſt grauari quoad legitimam per Fideicommiſſariam, juxta *d. l. Quoniam in prioribus*, ita etiam non poteſt per directam Militarem, ac proinde legitima ei manet libera, & per ejus mortem deueniet ab inteſtato ad matrem, non ad ſubſtitutum. Præterea per nouum jus Authenticorum, §. *Aliud quoque capitulum, Auth. Vt cum de Appellat. cognoſc.* penitus interdicitur parentibus filium, aut filiam abſque juſta ingratitudinis cauſa præterire, aut exhæredare: quod intelligitur quoad legitimam ei jure naturæ debitam. Si autem in Militari directa veniret legitima filij, hoc ipſo maneret filius etiam quoad illam exhæredatus: nam vbi caſus, vel tempus talis ſubſtitutionis aduenit, ſtatim inſtitutus deſinit eſſe hæres, & deuoluitur directò hæreditas ad ſubſtitutum: ergo per dictum jus nouum non licet hodie militi ſubſtituere per directam Militarem filio quoad legitimam, & conſequenter deueniet hæc ab inteſtato ad ejus matrem, vel alios ejus hæredes legitimos, non autem ad ſubſtitutum. Et ita hanc partem tenent Caſtr. *in d. l. Precibus, numer.* 25. *Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Curt. jun. *num.* 73. dicens eſſe magis cōmunem, & Cagnol. *num.* 266. *cum ſeqq.* dicens non eſſe ab ea recedendum in cōſulendo & judicando, Alex. *in d. l. Centurio*, & ibi Iaſ. Ripa, & alij, quos citant & ſequuntur Couar. & Trentacinq. *vbi ſupra*, & aliquos etiam addit Fuſar. *de Subſtitut. q.* 216. *num.* 4.

1006 Contrarium verò tenent Socin. *in d. l. Centurio, ff. de Vulgari*, Decius *in dict. l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſt.* P. Molin. *loco ſupra citat.* dicens hanc eſſe

ſe

Digitized by Google

ſe magis communem opinionem, & alij,
quos in eorum propendens ſententiam
refert Gregor. Lop. *in l. 12. tit. 5. part.
6. verb. Aura la madre.* Eandem vt ve-
ram ſupponit Barthol. *in d. l. Precibus,
num. 5.* vbi expendens, quam maiorem
vtilitatem haberet mater, ſi dicta ſubſti-
tutio fuiſſet Fideicommiſſaria, & non di-
recta Militaris, opinatur contra Gloſſam
ibi, eam vtilitatem non conſiſtere in eo
quòd legitima filij in bonis patris non
veniat in illa Fideicommiſſaria, & ſic poſ-
ſit retineri à matre: nam miles, inquit, po-
teſt grauare in legitima: quod patet ideo,
quia filius ab eo exhæredatus non poteſt
intentare querelam, ſecundùm iſta tem-
pora, *l. fin. Cod. de Inoffic. teſtam.* (ad-
de, *& l. De inofficioſo, Cod. eod.*) vnde
ſubdit: In quo ergo erit vtilitas matris, vt
valeat jure fideicommiſsi? Reſpond. in
hoc, quia in Fideicommiſſaria reſtituti-
one non veniunt fructus percepti judicio
teſtatoris: quod ſecùs eſſet in Compendi-
òſa directa, vt *d. l. Centurio.* In qua re-
ſolutione planè ſupponit Barthol. quòd
in directa Militari venit legitima, quam
filius habebat in bonis patris; idemque in-
telligitur ſupponi à Gloſſa, dum voluit
vtilitatem Fideicommiſſariæ reſpectu
matris conſiſtere in eo quòd in illa non
veniat legitima filij. Stant etiam pro hac
ſententia Imola, Bolog. Conſtan. Roger.
& Petr. Gregor. quos refert Fuſar. *d. q.
216. num. 5.* ex quibus Imola, & Roger.
teſtantur de communi. Fundamentum
hujus opinionis eſt, quia miles poteſt ex-
hæredare filium abſque metu querelæ,
etiam per nouum jus Codicis, *d. l. De in-
offic. teſtam.* ergo, & priuare illum legiti-
ma: quo pacto *l. Papinianus, §. Sed nec
impuberis, ff. de Inoffic. teſtam.* in qua
matri denegatur querela aduerſùs teſta-
mentum pupillare, in quo eſt præterita,
colligunt DD. imo & Summus Pontifex
in cap. 1. de Teſtament. in 6. quòd per tale
teſtamentum, id eſt, per Pupillarem ſubſti-
tutionem, excluditur mater, etiam à le-
gitima, quæ aliàs ei debebitur in bonis
filij; prout latiùs declarauimus *ſect. 3 hu-
jus diſp. §. 15.* Et hinc ſumitur aliud fun-
damentum hujus ſentententiæ, quia ſicut
non ſolùm miles, ſed etiam paganus po-
teſt ſubſtituere directò filio impuberi per
Pupillarem, ita etiam miles poteſt ſubſti-
tuere directo filio puberi per Militarem:
ergo quemadmodum per Pupillarem po-
teſt excludi mater impuberis etiam à le-
gitima, ita etiam per Militarem poteſt
mater puberis à legitima quoque excludi.
Accedit quòd ſi miles poteſt per Fidei-
commiſſariam grauare filium puberem in
legitima, & ſic ejus matrem ab ea exclu-
dere, vt Barthol. *loco proxime citat.* pro-
bauit; nulla eſt ratio cur non poſsit etiam
eam excludere per directam Militarem.

Neque his obſtat nouum jus Codicis,
& Authenticorum, quo ratio partis op- 1007
poſitæ nititur. Nam quod attinet *ad l.
Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. teſ-
tament.* in qua omne grauamen à legiti-
ma excluditur: hæc lex non obſtat primò,
quia procedit generaliter & indiſtinctè:
lex autem generalis limitatur per ſpecia-
lem, etiam antiquiorem, niſi expreſsis
verbis ei contradicat, *l. Sed & poſteriores,
ff. de Legib.* Sanch. alios referens *lib.
2. de Matrimon. diſp. 24. num. 6.* & ſic
non derogat ſpeciali priuilegio militis ju-
re antiquiori ei conceſſo. Secundò quia
ipſo jure Codicis *in d. l. De inofficioſo,
Cod. eod. tit.* denegatur querela aduerſùs
teſtamentum militis, quo filius eſt exhæ-
redatus: in qua lege includitur facultas, vt
miles poſsit legitimam filij dare ſubſtitu-
to per Militarem, vel Fideicommiſſariam,
& ſic excludere matrem, vt declaratum
eſt; nec cogitari poteſt quòd eodem jure
Codicis, & ſub eodem titulo, id militi
concedatur, & ſtatim per quamdam ge-
neralem legem denegetur. Tertiò deni-
que, quia ſi lex illa obſtat quominus mi-
les poſsit grauare filium in legitima per
Militarem ſubſtitutionem, planè ſequi-
tur, quod etiam ſi mater non ſit in medio,
ſed tantùm alij hæredes legitimi, ſeu ab
inteſtato venientes, non poteſt miles per
dictam Militarem ſubſtitutionem eos à
legitima filij excludere, vt optimè cum
Gregor. Lop. notat Molin. *vbi ſupra:*
conſequens autem ne ab ipſis quidem.

Ad-

Aduerſarijs admittitur, & hinc etiam non obſtat text. *in d. §. Aliud quoque capitulum, ex Authent. Vt cum de Appellat.* quo parentibus vetatur filios prætetire, vel exhæredare; tum quia etiam hic textus procedit generaliter, & ſic non derogat juri ſpeciali, quo militi conceditur facere filium hæredem vſque ad aliquod tempus, & exinde conſtituere alium hæredem in omnibus bonis ab ipſo teſtatore profectis, etiam in legitima. Tum etiam quia ſi obſtaret, probaret ſimiliter, quòd etiam non extante matre, nequiret miles per dictam Militarem excludere à legitima filij alios ejus legitimos hæredes: quod non admittitur. Quare hæc ſecunda ſententia videtur præferenda.

1008 Notant verò aliqui non improbabiliter, quanuis miles poſsit grauare filium, & parentes in legitima, eoſque illâ priuare: at non debere intelligi, cum id velle, niſi exprimat. Sic Angel. *in d. l. Precibus,* & ibi Alex. Paul. de Caſtr. & Iaſ. *C. de Impub. & alijs ſubſtitut.* Imola *in d. l. Centurio,* & ibi Aretin. Alex. Ripa, & alij, quos citat & ſequitur Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap. 8. num. 16.* vbi id latè probat, licèt non valde efficaciter.

1009 Secunda concluſio: quando Compendioſa facta eſt à milite verbis communibus, vt ſi dixit; *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſubſtituo Caium,* talis etiam ſubſtitutio omni tempore eſt directa, ideſt, ſi filius decedat ante aditam hæreditatem eſt Vulgaris: ſi ante pubertatem, aditâ, vel non aditâ hæreditate, Pupillaris: ſi poſt pubertatem, adita hæreditate, Militaris. Sic Barthol. *in d. l. Centurio, num. 12. ff. de Vulgari,* & ibi Socin. ſen. *num. 22. & 25.* Zaſ. *num. 28.* & Galliaula *num. 249.* Imola *in cap. Raynutius, numer. 177. de Teſtament.* Polit. *de Subſtitution. tit. de Compendioſa, num. 21.* Zaſ. *de Subſtitut. cap. 5. num. 9.* Paul. Leon. *in materia Compendioſæ, numer. 97. & ſeqq.* Odd. *de Compendioſa, p. 5. q. 3. de Compendioſa ſubſtitut à milite facta, art. 2. verſ. Prima opinio,* vbi hanc dicit communem, & plures alios pro ea refert Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 52. num. 18.* Molina *d. diſp. 199. verſ. Quando miles verbis communibus,* Trentaciną. *de Subſtitut, p. 4. cap. 8. num. 12. & 13.* qui teſtatur hanc eſſe magis communem; & alios pro ea refert, quibus nonnullos addit Fuſar *de Subſtitut. q. 235. numer. 1.* Quod dicta ſubſtitutio ſit Vulgaris, & Pupillaris directa, ab omnibus citra controuerſiam admittitur, vel ſupponitur. Quòd autem etiam poſt pubertatem inſtituti, & aditam hæreditatem, ſit directa, controuerſum eſt: probatur autem hac ratione, quia miles ex militari priuilegio etiam pro tali tempore & caſu poteſt directò ſubſtituere, vt ex dictis conſtat, & ab omnibus admittitur: & ſolùm propter verbum commune, quo dicta ſubſtitutio eſt facta, dubitatur, an voluerit directò ſubſtituere, vel potiùs indirectè, ſeu fideicommiſſariè: in tali autem dubio præſumendum potiùs eſt, quòd voluerit ſubſtituere directò; nam in dubio ſubſtitutio accipitur potiùs in ſenſu directo, vt per text. *in cap. Si pater, de Teſtament. in 6.* docent communiter DD. & prętereà, quia ſubſtitutio directa eſt fauorabilior, quàm Fideicommiſſaria, & in teſtamentis plenior interpretatio debet fieri.

Nihilominus dictam ſubſtitutionem 1010 eſſe Fideicommiſſariam poſt pubertatem, ſentiunt Iacob de Arena *in d. l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Cin. Salic. *col. 4.* Paul. de Caſtr. & Alex. *num. 10.* Iaſ. *col. 8.* & Curt. jun. *num. 49.* Paul. de Caſtr. *in d. l. Centurio, num. 6.* & ibi Alex. *num. 57.* Iaſ. *num. 28.* Ripa *num. 67.* & Socin. jun. *num. 192. & 198.* quanuis fateatur contrariam eſſe communem, Couar. *in d. cap. Raynutius, §. 9. num. 13.* & Menchac. *de Succeſſ. progreſ. lib. 12. §. 18. num. 63.* qui aſſerit hanc eſſe communem opinionem. Mouentur, quia in dubio præſumitur quòd miles voluit vti jure communi, & non ſuo priuilegio ſpeciali, vt colligitur ex *l. Quamquam, & ex l. In teſtamento, 1. Cod. de Teſtam. milit.* ſpectato autem jure communi ſubſtitutio Compendioſa non valet poſt hæredis pubertatem, niſi tantùm vt Fideicommiſſaria, *l. Verbis ciuilibus, ff. de*

de Vulgari. Deinde ad fundamentum in contrarium reſpondent; cùm dicitur, quòd in dubio accipienda eſt ſubſtitutio, vt ſit potiùs directa, quàm Fideicommiſſaria, id procedere quando de jure communi poſſet valere directè, & obliquè, prout teſtator voluiſſet; in tali enim caſu interpretandum eſſe, quòd ſit directa prob. in text. *in dict. cap. Si pater:* ſecùs autem quando de jure communi poteſt valere tantùm vt obliqua, & ex ſpeciali priuilegio vt directa; quia tunc interpretanda eſt ſecundùm jus commune, & ſic vt Fideicommiſſaria, per *dict. l. In teſtamento*. Neque obſtat *l. 3. ff. de Milit. teſtament.* vbi Juriſconſultus in dubio cenſet militem teſtari voluiſſe ex jure militari: nam ibi non poterat diſpoſitio valere de jure communi.

1011 His tamen non obſtantibus, verior eſt ſententia, quam noſtra concluſio tradit. Quare ad prædictum motiuum contrariæ opinionis reſpondetur, tunc præſumi quod miles potiùs voluerit vti jure communi, quàm ſuo ſpeciali priuilegio, quando non apparet aliqua ratio maioris vtilitatis, vel fauoris, in eo quòd potiùs vtatur priuilegio vt reuerà non apparet in caſibus *dict. l. Quanquam, & dict. l. In teſtamento*, 1. quibus Aduerſarij nituntur: ſecùs autem ſi maior appareat vtilitas, aut fauor in vſu priuilegij; nam tunc præſumendum potiùs eſt, quòd voluerit vti priuilegio. Vnde cùm in præſenti caſu fauorabilior & vtilior ſit directa ſubſtitutio, quæ ſolùm ex priuilegio fieri poterat, quàm Fideicommiſſaria, quæ jure communi permiſſa eſt, cenſeri potiùs debet militem voluiſſe vti priuilegio ad directè ſubſtituendum, quàm jure communi ad fideicommittendum quod optimè probatur per *dict. l. Centurio, ff. de Vulgari*, vbi quia ante pubertatem meliùs erat quòd Compendioſa valeret vt Pupillaris, ideo ſic valet de jure communi; poſt pubertatem vero valet vt directa Militaris de jure ſpeciali, quia id erat meliùs, quàm quòd valeret vt Fideicommiſſaria, prout de jure communi valere poterat.

1012 Prædicta verò concluſio intelligitur, niſi mater inſtituti ſit in medio; nam tunc fauore ipſius matris dicta Compendioſa verbis communibus facta cenſetur Fideicommiſſaria poſt pubertatem, vt ſentiunt Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 12. & ibi Bald. *col.* 1. Ang l. *numer.* 4. Socin. ſen. *numer.* 26. vbi teſtatur de communi, & Cephal. *numer.* 31. Menoch. *dict. præſumption.* 52. *fine*, Trentacinq. *dict. cap.* 8. *numer.* 13. *verſ. Ex prædictis* Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 225. *numer.* 3. & plures alij, quos præcitati referunt, licèt contrarium teneant Fulgoſ. Chriſtophorus de Caſtel. Coraſ. & Menchac. apud Trentacinq. *ſupra*, quibus addo Leon. *de Compendioſa, numer.* 97. Ratio eſt, quia cùm verba communia ſint indifferentia ad directam, & Fideicommiſſariam ſubſtitutionem inducendam, fauor matris exigit vt ea extante accipiantur potiùs pro Fideicommiſſaria, quæ matri fauorabilior eſt.

1013 Tertia concluſio. Si Compendioſa facta ſit à milite verbis merè obliquis, vt ſi dixit; *Quandocumque filius meus deceſſerit, reſtituat hæreditatem Caio:* talis ſubſtitutio omni tempore eſt Fideicommiſſaria. Sic Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 12. & ibi Iaſ. *numer.* 28. Socin. ſen. *numer.* 21. Ripa *numer.* 68. Galliaula, *numer.* 251. & alij, Corn. *in dict. l. Precibus, numer.* 25. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Imola *in dict. cap. Raynutius, numer.* 177. *de Teſtament.* & ibi Guilliel. Bened. *in materia Compendioſæ, numer.* 42. & Gouar. §. 9. *numer.* 14. Polit. *de Subſtitution. tit. de Compendioſa, numer.* 20. Leon. *in materia etiam Compendioſæ, numer.* 99 Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 1. §. 18. *numer.* 6. Menoch. *de præſumpt.* 52. *numer.* 17. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 4. *cap.* 8. *numer.* 11. P. Molina *dict. diſp.* 192. *verſ. Quando miles ſolis verbis*, Fuſar. *de Subſtit. q.* 236. *n.* 1. & cæteri omnes. Ratio patet, quia diſpoſitio intelligenda eſt juxta proprium ſenſum verborum,

quando aliquid non obſtat, vt in præſenti reuerà non obſtat. Probatur etiam concluſio per text. *in l. Cohæredi*, §. *Cum filiæ*, *ff. de Vulgari*, juncta *l. Quanquam*, *& l. In teſtamento*, 1. *Cod. de Teſtament. milit.* item per text. *in l. Neque enim*, *in fine*, *ff. de Milit. teſtament.* vbi ſpeciali fauore libertatis, ſubſtitutio facta à milite per verba obliqua, ſi non poteſt conſeruari in vim Fideicommiſſariæ, conſeruatur in vim directæ, vnde arguitur in contrarium eſſe jus commune, *l. Ius ſingulare*, *ff. de Legib.*

1014 Quàm vtile ſit ſubſtituto ſuccedere in bonis militis potiùs jure Militaris directæ, quàm Fideicommiſſariæ? tradit optimè Coſta *in d. cap. Si pater*, 3. *p. verb. Obliqua*, *à numer.* 43. & Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 8. *poſt num.* 13. *Ex verſ. Viſum fuit ſupra*, noſque dicemus commodiùs *ſect. ſeq.* vbi de Militari agendum eſt.

§. 4. *Quæ ſubſtitutiones contineantur in Compendioſa facta à pagano verbis directis?*

SUMMRAIUM.

Compendioſa facta verbis directis à pagano continet Vulgarem; *num.* 1015. *Contrarium tenet Poiit. & quibus fundamentis*; *numer.* 1016. *Rejicitur*, *& reſpondetur ejus fundamentis*; *num.* 1017.

Præfata reſolutio tripliciter ampliatur; *num.* 1018.

Compendioſa, *etiam verbis directis facta*, *non continet Vulgarem*, *ſi extet alia ſubſtitutio facta ſpecialiter in caſum Vulgaris*, *etiamſi in alterum tantùm ejus caſum prouiſum ſit. Neque ſi teſtator ſufficienter aliàs declaret*, *ſe tantùm ſubſtituere poſt hæreditatem aditam*; *num.* 1019.

Vtrum Vulgaris contineatur in Compendioſa facta his verbis; Si filius meus mihi hæres erit, quandocumque ipſe meus filius deceſſerit, Caius hæres eſto? *num.* 1020.

Compendioſa verbis directis à pagano facta filio impuberi continet Pupillarem; *num.* 1021.

Ampliatur primò præfata concluſio, *etiamſi teſtator dixerit*; Quandocumque filius meus morietur, ſit mihi hæres Caius; *num.* 1022.

Ampliatur ſecundò. etiamſi adjecta eſſet conditio, Sine liberis, *vt ſi dictum eſſet*; Si filius meus deceſſerit ſine liberis, Caius hæres eſto; *num.* 1023. *Refertur*, *& refellitur quorumdam opinio contraria*; *num.* 1024. *& ſeq.*

Ampliatur tertiò, *etiamſi dictum eſſet*; Si filius meus in pupillari ætate, & ſine liberis deceſſerit, Caius hæres eſto; *numer.* 1026.

Ampliatur quartò, *etiamſi ſubſtitutio facta ſit in re certa*, *dummodo ſit facta per verbum directum ciuile*; *numer.* 1027.

Compendioſa per paganum verbis directis facta puberi, *vel extraneo*, *aut non exiſtenti in poteſtate*, *continet Fideicommiſſariam poſt hæreditatem ab inteſtato aditam*; *num.* 1028. *& ſequent. Contrarium tenent aliqui multis fundamentis*; *num.* 1030. *Illa tamen non cogunt recedere à communi ſententia*, *eiſque reſpondetur*; *numer.* 1031. *& ſeq.*

Quando Compendioſa verbis directis facta eſt impuberi à pagano, *qui ei poteſt pupillariter ſubſtituere*, *lis eſt magna*, *an talis ſubſtitutio trahatur ad fideicommiſſum poſt pubertatem inſtituti*, *qui adiuit? Prima ſententia negat*, *& quo fundamento? num.* 1033. *Plurimæ fallentiæ hujus ſententiæ ex ejus Authoribus aſsignantur*; *num.* 1034. *Quouſque ab aliquibus approbentur*; *num.* 1035 *Vtrum prædicta ſententia procedat. ſiue ſubſtitutio ſit facta verbis directis ciuilibus*, *ſiue non ciuilibus? numer.* 1036. *Secunda ſententia affirmat*, *dictam ſubſtitutionem trahi ad Fideicommiſſariam poſt pubertatem*; *num.*

num. 1037. *Ejus capitale fundamentum, num.* 1037. *Hæc ſententia præfertur de jure communi, & ſoluuntur fundamenta primæ, numer.* 1039. *& ſeqq.*

Circa Compendioſam factam à pagano, id eſt ab eo qui non eſt miles, nec militum gaudet priuilegio, plura ſunt dicenda. Inprimis ergo quærimus, quas ſubſtitutiones contineat Compendioſa verbis directis ab eo facta? Cui quæſtioni per aliquot etiam concluſiones reſolutiuè ſatisfaciendum eſt.

1015 Prima concluſio. Subſtitutio Compendioſa facta verbis directis à pagano continet Vulgarem; vt quando teſtator ita diceret; *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſit hæres Caius.* Ita Barthol. *in l. Centurio, num* 32. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 70. Iaſ. *num.* 23 Ripa *numer.* 146. & alij communiter, Bald. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Iaſ. *num.* 12. Curt. jun. *num.* 44. *in q.* 4. Alber. *q.* 4 Alex. *col.* 2. Salic & Decius *num.* 16. *ad fin.* Barthol. *in l. Quandiu,* 2. *num.* 10. *ff de Acquir. hæred.* & ibi Bald. *col fin.* Joan. de Imola *num* 3. Paul. de Caſtr. *num.* 7. Aret. *col. pen.* & Angel. *num.* 8. Couar *in cap. Raynutius, §.* 9. *numer.* 17. *de Teſtament.* Francus *in cap. Si pater, in materia Compendioſæ, verſ. Circa primum, de Teſtam. in* 6. Alber. *in rubr. ff. de Vulgari,* Aret. *in l. Generaliter, Cod. de Inſtitut. & ſubſtitut.* pluresque alij, quos citant & ſequuntur Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. *§.* 11. *numer.* 3. Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 34. *num.* 16. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 237. *numer.* 1. & 2 & cæteri omnes, vno excepto Polito *infra citat.* Ratio eſt, quia verba Compendioſæ referri poſſunt tum ad caſum, quo inſtitutus non adeat hæreditatem, tum quo illam adeat; cùm tam ante aditam, quàm poſt aditam decedere poſſit: vnde quemadmodum pro caſu, quo ille decedat poſt aditam factus jam pubes, vel extra poteſtatem teſtatoris, continet Fideicommiſſariam, ita etiam pro caſu quo decedat ante aditam, continet Vulgarem; idque à fortiori, cùm interpretatio pro Vulgari ſit fauorabilior, tum quia eſt citcta, tum etiam vt teſtamentum conſeruetur.

Contrariam opinionem tenet Polit. 1016 *de Subſtitution. tit. de Compendioſa, numer.* 3. dicens, ſe credere eſſe veriſsimam. Ejus fundamentum eſt primò, quia *in d. l. Precibus,* fit mentio Compendioſæ, quæ facta ſit in ſecundum caſum, id eſt, poſt aditam hæreditatem: vnde colligitur Compendioſam non cenſeri factam in primum caſum, id eſt, ante aditam, & ſic non continere Vulgarem: cùm hæc ſolùm habeat locum ante aditam hæreditatem. Secundò, quia illa mortis conditio, *Quandocumque deceſſerit,* vel, *Si intra tantùm temporis deceſſerit,* requirere videtur vt ille ſit hæres, & in vita ſua potiatur hæreditate: & ita cenſetur ſubſtitutio facta ſolùm in caſum, quo inſtitutus decedat poſt aditam, ſeu acquiſitam hæreditatem: in quem caſum non poteſt eſſe Vulgaris, *l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Confirmatur, quia dicta verba, *Quandocumque deceſſerit,* vel, *Si deceſſerit,* magis propriè aptantur Pupillari, & Exemplari ſubſtitutioni, quæ non niſi in caſum mortis concipiuntur, quàm Vulgari, quæ non ſolùm in caſum impotentiæ quo inſtitutus ob præmaturam mortem adire non poſsit, ſed etiam in caſum noluntatis, quo ſcilicet adire nolit, concipi poteſt, *l.* 3. *Cod. de Hæred. inſtitut.* Ergo ſubſtitutio talibus verbis concepta non comprehendit caſum Vulgaris, & ſic eam non continet; nam verba Compendioſæ paritoriniter debent determinare caſus, & ſubſtitutiones quas continet. Addit præterea Politus, quòd nec etiam tacitam Vulgarem ex præſumptione legis ſub expreſſa Pupillari intellectam in Compendioſa contineri; cum exiſtimet, Vulgarem tacitam ex nulla legis præſumptione ſub Pupillari expreſſa intelligi debere.

Hæc tamen nullius ſunt momenti. Ad 1017 primum enim reſpondetur *in dict. l. Precibus,* non dici abſolutè, quòd Com-

pendioſa ſit in ſecundum caſum, ſed diſtingui illos caſus; & tunc addi, *Si ſubſtitutio in ſecundum caſum expreſſa, vel Compendioſa facta reperiatur, &c.* quibus verbis planè ſupponitur,etiam in primum caſum fieri poſſe; & ſic retorqueri poteſt argumentum. Ad ſecundum reſpondetur, negando aſſumptum; ſiquidem inſtitutus poteſt etiam decedere ante acquiſitam hæreditatem, vt ſi moriatur ante ipſum teſtatorem; & ſic illa conditio, *Quandocumque deceſſerit*,hunc etiam caſum comprehendit,qui eſt proprius ſubſtitutionis Vulgaris. Neque obſtat, quod per illam conditionem non exprimitur caſus, quo inſtitutus nolit eſſe hæres, qui eſt alter caſus ſubſtitutionis Vulgaris. Nam vt hæc in vtrumque cenſeatur facta, ſatis eſt quòd in alterum eorum ſit expreſſa, vt latè probatum, & declaratum eſt *ſect. 2. hujus diſp. §. 14.* Unde in dicta Compendioſa facta ſub conditione, *Si deceſſerit*, vel, *quandocumque deceſſerit*, non ſolùm continetur Vulgaris, quoad caſum impotentiæ, ſed etiam quoad caſum noluntatis. Et hinc etiam reſpondetur ad confirmationem, licèt Vulgaris non concipiatur neceſſariò in caſum mortis, ſicut Pupillaris, & Exemplaris, id non tollere quominus ſufficienter intelligatur contenta expreſsè in Compendioſa concepta ſub dicta conditione mortis, in qua ſolus caſus impotentiæ exprimitur. Nec refert quòd verba non determinent pariformiter omnes has ſubſtitutiones, cùm id non tollat quominus in effectu omnes in dicta Compendioſa æqualiter pro ſuis caſibus comprehendantur. Jam verò quod Politus addit, neque Vulgarem tacitam eſſe admittendam, poſito quod ibi non contineatur expreſſa, falſo prorſus nititur fundamento; cùm certiſsimum ſit, quòd ſub Pupillari expreſſa tacita Vulgaris ex legis præſumptione continetur, vt dicta *ſect. 2. §. 2.* cum communiſsima penè omnium ſententia traditum eſt.

1018 Prædicta conclusio ampliatur primò, vt procedat etiamſi ſubſtitutio eſſet facta in quota hæreditatis; quia tunc etiam continebitur Vulgaris, & trahetur ad totum, quemadmodum inſtitutio primi gradus, vt rectè conſiderat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 34. numer. 18.* vbi addit, id eſſe verum, ſiue ſubſtitutio ſit facta per verba directa, ſiue per communia. Ampliatur ſecundo, etiamſi facta ſit in bonis ſimpliciter: quia tunc etiam Vulgaris contenta in dicta Compendioſa vniuerſalem ſucceſsionem continet, vt notat idem Peregrin. cum Gloſ. Barthol. Imol. & cæteris *in l. His verbis, in princip. ff. de Hæred. inſtit.* & multis alijs, quos refert. Ampliatur tertiò, etiamſi facta ſit in re certa, vel in quota bonorum; ſi modò facta ſit per verba directa civilia, & nullus alius ſit datus cohæres vniuerſalis: nam tunc etiam ſubſtitutus per Vulgarem totam obtinebit hæreditatem, primo inſtituto non exiſtente hærede,vt bene declarat idem Peregrin. *numer. 19.* & notat etiam Fuſar. *de Subſtitution. quæſt. 237. fine.*

Aliquibus etiam modis limitatur. 1019
Primò ſi extet alia ſubſtitutio facta ſpecialiter in caſum Vulgaris; nam tunc Compendioſa, quamuis directis verbis ſit facta, Vulgarem non continebit, idemque dicendum licèt in alterum tantùm caſum Vulgaris prouiſum eſſet. Secundò ſi teſtator ſufficienter declaret,ſe tantùm ſubſtituere poſt hæreditatem aditam, vt ſi dixit; *Poſt decem annos à die acquiſitæ hæreditatis ab inſtituto ſit hæres Caius.* Utramque prædictam limitationem ponit poſt alios Fuſar. *dict. quæſtion. 237. numer. 7. & ſequentib.* licèt contra ſecundam ſentiat Socin.jun.*conſil. 114. num. 26. lib. 2.*

Tertiò limitatur vt non procedat 1020
quando ſubſtitutio facta eſſet his verbis; *Si filius meus mihi hæres erit, quandocumque ipſe meus filius deceſſerit, Caius hæres eſto.* Quia illa conditio, *Si hæres erit*, planè aduerſatur Vulgari, quę ſolùm habet locum in caſu contrario, *Si hæres non erit:* & ſic in dicta ſubſtitutione contineri nequit. Ita ſentiunt plurimi, quos longa ſerie refert idem Fuſar. *num. 10.* Ipſe tamen

men cum alijs contrariè opinatur *numer.* 11. *& ſeqq.* Et quidem ſatis probabiliter, quia cùm ſubſtitutio facta ſit verbis directis, fortiora videntur talia verba ad inducendam Vulgarem, quàm conditio illa, *Si hæres erit*, ad eam excludendam: ac præterea quia mens teſtatoris videtur eſſe, vt ſubſtitutus etiam per Vulgarem admittatur, licèt verba videantur repugnare. Quod optimè confirmatur ex traditis *ſect.* 2. *hujus diſp. numer.* 49. vbi cum multis reſoluimus, tacitam Vulgarem contineri ſub expreſſa Pupillari, etiam quando Pupillaris eſſet facta ſub expreſſa conditione, *Si pupillus hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit.* Vnde etiam quando teſtator dixiſſet; *Quandocumque Titius hæres deceſſerit, ſubſtituo Caium*, valde probabile eſt in tali Compendioſa contineri Vulgarem, vt latè probat Trentacinq. *dict. cap.* 2. *ante numer.* 4. *verſ. Secundus caſus*, & tenent etiam alij multi, quos refert Fuſar. *ſupra numer.* 18. licèt nonnulli refragentur.

1021 Secunda concluſio. Compendioſa verbis directis à pagano facta continet Pupillarem, ſi facta ſit impuberi exiſtenti in poteſtate, & cum reliquis conditionibus, vt poſsit pupillariter ſubſtitui. Conſtat apertè per *l. Centurio, ff. de Vulgari*, vbi DD. eſtque communiſsima omnium ſententia, quorum plurimos refert Fuſar. *de Subſtit. q.* 250. & patet ſatis ex ſupradictis, præſertim §. 1. *in princ.*

1022 Ampliatur primò, vt procedat etiamſi teſtator ita dixerit; *Quandocumque filius meus morietur, ſit mihi hæres Caius*: nam illud pronomen, *Mihi*, Pupillarem ſubſtitutionem, qua immediatè ipſi pupillo, & non teſtatori ſucceditur, non impedit, vt probat text. *in l.* 1. §. 1. *cum Gloſ. in verb. Caius*, & ibi DD. omnes, *ff. de Vulgari, & in l. Ita ſcriptum, §. Qui filio*, & ibi Barthol. *ff. de Bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* & tradidimus latè cum communi *ſect.* 3. *hujus diſput.* §. 3. *numer.* 463. vnde etiam *numer.* 464. probauimus, Pupillarem eſſe quando teſtator diceret; *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, ſit Caius hæres meus.* Et ita in ſpecie dictam ampliationem tradit relatis multis Fuſar. *dict. quæſtion.* 250. *num.* 2. quæ probatur fundamentis à nobis adductis *d. num.* 463.

Ampliatur ſecundò, vt procedat 1023
etiamſi adjecta eſſet conditio, *Si ſine liberis*, vt cùm dictum eſſet; *Si filius meus deceſſerit ſine liberis, Caius hæres eſto*: nam tunc etiam in hac Compendioſa continetur Pupillaris. Probatur per *dict. l. Centurio*, quæ loquitur de Compendioſa facta pupillo ſub dicta conditione, *Si ſine liberis*, & reſoluit, quod intra tempus ætatis pupillaris continet Pupillarem ſubſtitutionem. Atque ita ibi docent Barthol. *numer.* 17. Bald. *in fine notabilium*, Aretin. *numer.* 1. *& col.* 11. *verſ. Tene ergo*, Alex. *numer.* 68. Iaſ. *numer.* 33. Galliaula *numer.* 393. *& ſequent.* Socin. jun. *numer.* 229. Angel. Imola, Ripa & alij, Barthol. *in l. Precibus, numer.* 18. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Bald. *numer.* 47. Paul. de Caſtr. *numer.* 15. Salic. *col.* 20. Fulgoſ. *numer.* 17. Alex. *numer.* 13. & alij communiter, Boer. *deciſ.* 356. & multi alij quos citant & ſequuntur Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 4. *cap.* 9. *ſub numer.* 23. *verſ. Cum ſupradicta, & ſequent.* Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. §. 18. *numer.* 75. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *numer.* 60. & Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 240. *numer.* 5. Ratio eſt, quia conditio, *Si ſine liberis*, tacitè ineſt in Compendioſa ſimpliciter facta, quatenus continet Pupillarem; quæ quidem ceſſabit ſi pupillo (vt naturaliter euenire poteſt) legitimus filius naſcatur, vt tradidimus *ſect.* 3. *hujus diſp.* §. *vltim. in fine*: ergo licèt illa conditio exprimatur, id non tollet quominus in tali Compendioſa contineatur Pupillaris, ſicut contineretur, ſi ipſa cōditio non exprimeretur; nam expreſsio ejus quod tacitè ineſt, nihil operatur, *l.* 3. *ff. de Leg.* 1. *c. Significaſti de Elect.* Mitto alia fūdaméta, quæ à citatis

DD. afferuntur: eſt enim res clara, & pluribus non indiget.

1024 Aliqui tamen contrarium exiſtimarunt, vt Gloſ. *in d. l. Precibus, verb. Fideicommiſsi, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Aio *in Rubr. Cod. eod. tit. numer.* 18. Salic. *in d. l. Centurio, ff de Vulgari,* Oldrad. *conſil.* 99 & alij apud Trentacinq. Peregrin. & Fuſar. *ſup. citat.* qui mouentur primò, nam ex adjectione illius conditionis intelligitur, quòd teſtator ſolùm voluit ſubſtituere filio in tempus, quo ille poſſet habere liberos, & ſic poſt pubertatem, quo tempore non eſt locus Pupillari. At hoc jam ſupra excluſum eſt, cùm conſtet, etiam ante pubertatem poſſe à puero, malitiâ ætatem ſupplente, filios procreari. Reſpondetur præterea, cùm ſubſtitutio ſit Compendioſa, & referatur etiam in tempus poſt pubertatem instituti, ſatis eſſe quòd intra totum vitæ decurſum potuerit filius habere liberos, ad hoc vt illa conditio intelligatur prudenter appoſita, etiamſi impubes, liberos habere non poſſet, neque propterea præſumatur, quòd teſtator ſolùm voluit filio ſubſtituere poſt pubertatem: alioqui neque jure fideicommiſsi ſubſtitutio valeret ante pubertatem, quod ne ipſi quidem Aduerſarij admittunt; cùm dicant, omni tempore eſſe Fideicommiſſariam.

1025 Mouentur ſecundò per text. *in l. Credendum, verſ. Si verò maritus, ff. Qui pet. tut.* vbi ſubſtitutio facta filio ſub conditione, *Si ſine liberis,* valet jure fideicommiſsi, & erat ſermo de filio ante pubertatem; quia de ejus tutela ibi tractatur. Sed ad hoc etiam facilè reſpondetur, ideo illam ſubſtitutionem valere jure fideicommiſsi; licèt filius deceſsiſſet in pupillari ætate, quia expreſsè pater illum grauauit fideicommiſſo; & ſic facta fuit ſubſtitutio verbis obliquis; nos autem loquimur de facta verbis directis, Quędam alia motiua, eorumque ſolutionem vide apud Fuſar. *d. q.* 240. *à num.* 8.

1026 Ampliatur tertiò, vt procedat licèt dictum eſſet; *Si filius meus in pupillari ætate. & ſine liberis deceſſerit, Caius hæres eſto,* nam hæc etiam eſt Compendioſa, continens Pupillarem pro tempore ante pubertatem inſtituti, & Fideicommiſſariam poſt pubertatem, vt cum Paul. de Caſtr. & Ripa tradit, & latè probat Trentacinq. *d. cap.* 9. *ſub numer* 23. *verſ. Quæ concluſio procedit,* & conſtat ſatis ex traditis *ſect.* 3. *hujus diſp.* §. 3. *numer.* 483.

Ampliatur quartò, vt procedat licèt, 1027
ſubſtitutio ſit facta in re certa, ſi modo facta ſit per verbum directum ciuile, vt cùm dictum eſſet; *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſit Caius hæres in fundo Tuſculano.* In hac enim ſubſtitutione contineri Pupillarem, quæ ad omnia bona pupilli trahatur, ſi ei non ſit datus alius ſubſtitutus vniuerſalis, tenet communis DD. quam, relatis multis, tradidimus atque ſubampliauimus, *d. ſect.* 3. *hujus diſp.* §. 3. *num.* 486. *& ſeqq.*

Tertia concluſio. Compendioſa per 1028
paganum verbis directis facta puberi, vel extraneo, aut non exiſtenti in poteſtate, continet Fideicommiſſariam, poſt hereditatem ab inſtituto aditam. Sic Gloſ. *in l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari,* & ibi Barthol. *num.* 3. Bald. *num.* 2. *verſ. Iuxta hoc quæro,* Aret. *num.* 3 *&* 4. Paul. de Caſtr. *num* 7. Alber. *in fine,* Imola *num.* 4. & Alex. *num.* 10. Alber. *in l. Precibus, num.* 120. *Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Fulgoſ. *num.* 19. Aret. *numer* 6. Caccialup. *num.* 51. Sebaſt. Sap. *num.* 71. Curt. jun. *num.* 56. & Cagnol. *num.* 210. Angel. *in l. Centurio num.* 13. *ff. de Vulgari,* & ibi Aretin. *col.* 9. Lanfranc. de Oriano *num.* 27. Zaſ. *num.* 45. Socin. jun. *num.* 224. Alciat. *num* 66. & Cephal. *num.* 289. *&* 563. Barthol. *in l.* 1. §. *Si quis ita, num.* 5. *ff. de Verbor oblig.* Bald. *in l. Ex tribus, num.* 4. *Cod. de Inoffic. teſtam. & in l. Etſi ſine, num.* 1. *Cod. Ad Trebel. & in l. Extraneum, numer.* 2. *Cod. de Hæred. inſtit. & in l. Miles ita, in princip. ff. de Milit. teſtam.* & ibi Angel. *num.* 2. Imola *in l* 2. *num.* 5 *ff. de Vulgari,* Aret. *in* §. *Extraneo, num.* 8. *Inſtitut. de Vulgari,* Franc. *in cap. Si pater, col.* 38. *verſ. Tertiò dicendum eſt, de Teſtament. in* 6. Guillel. Bened. *in*

cap.

cap. Raynutius, in materia Compendioſæ, num. 35. *& ſeq. & numer.* 37. *&* 39. *de Teſtament.* Alex. *conſil.* 81. *num.* 1. *lib.* 2. *& conſil.* 40. *numer.* 2. *lib.* 3. Paul. de Caſtr. *conſil.* 411. *numer.* 2. *lib.* 1. Paul. Leon. *de Subſtitut. in materia Compendioſæ, num.* 241. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variat. cap.* 7. *numer.* 4. Emman. Coſta *in cap. Si pater, p.* 3. *verb. Interdum, numer.* 94. *de Teſtament. in* 6. & plures alij, quos citant & ſequuntur Menchac. *de Succeſſ. progreß. lib.* 2. *§.* 15. *num.* 25. *& §.* 18. *num.* 70. Mantica *de Coniectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 3. *num.* 3. *iuncto num.* 6. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 9. *num.* 20. Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 34. *num.* 70. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 55. *numer.* 23. & Fuſar. *de Subſtitut. quæſtion.* 245. *numer.* 90.

1029 Fundamentum eſt, quia Compendioſa ſubſtitutio, cùm fiat per verba habentia tractum in futurum, reſpicit tempus ante, & poſt aditam hæreditatem, vt omnes admittunt, & ſatis declaratum eſt *ſupra, §.* 2. *num.* 977. quando autem eſt facta per paganum puberi, aut extraneo, vel non exiſtenti in ejus poteſtate, non poteſt valere jure directo poſt aditam hæreditatem, ſiquidem neque Pupillaris in talibus perſonis locum habet, neque Militaris directa fieri poteſt à pagano: ergo valere debet jure fideicommiſsi, ad hoc vt voluntas teſtatoris ſeruetur, nihil obſtante quòd verbis directis vſus ſit, quia ad conſeruandam teſtatoris voluntatem recedere debemus à verborum proprietate, *l. Non aliter, ff. de Leg.* 3. *l. Hæredes mei, §. Cum ita,* & ibi Barth. *ff. Ad Trebel.* quod maximè procedit, quando impropriatio non eſt notabilis, vt reuerà non eſt in præſenti; ſiquidem fideicommiſſarius quodammodo eſt hæres in effectu, *l. Si filiusfamil. §.* 1. *ff. Quod cum eo, qui in alien. pot.* & hæres ſimpliciter appellatur, *l.* 1. *Cod. Quando, & quibus quarta pars deb. lib.* 10. Mantica *d. tit.* 3. *num.* 6. Confirmatur, quia ſubſtitutio directa, quæ non poteſt valere jure directo, trahitur ex benigna interpretatione ad fideicommiſſum, *l. Ex facto, in princ. & l. Scæuola, ff. Ad Trebel. l. filius, §. Vt quis hæredem, ff. de Leg.* 1.

Contrariam tamen ſententiam tenet 1030 Gloſ. *in §. Extraneo, verb. Per fideicommiſſum, in fine, Inſt. de Pupillari,* Imol. *in d. l. Centurio, numer.* 12. *&* 14. *ff. de Vulgari,* Joan. Dilectus *de Arte teſtandi, tit. de Subſtitut. cautela,* 12. *numer.* 1. Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 5. *num.* 19 vbi pro eadem parte refert Crotum, Matthes. *Singul.* 139. *num.* 3. dicens malè, hanc opinionem eſſe communem, & alij apud Trentacinq. & Fuſar. *loco citat.* qui tamen immeritò pro hac parte citant. Pothum. Mouentur primò, quia fideicommiſſum eſt odioſum; inducit enim grauamen reſtitutionis, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari.* Ergo ſubſtitutio verbis directis facta, non debet ad illud trahi, cùm in odioſis ſtrictior interpretatio facienda ſit, *cap. Odia, de Regul. jur. in* 6. Secundò per text. *in l. Si ſeruus legatus, §. Si ſeruus alienus, ff. de Leg.* 1. *& l. Seruo tuo, Cod. de Teſtament. manumiſ.* vbi libertas data verbis directis ſeruo alieno non ſuſtinetur in vim fideicommiſsi, cùm directò dari non potuerit. Tertiò per text. *in l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari, & in §. Extraneo, Inſt. de Pupillari,* vbi rejicitur ſubſtitutio facta verbis directis puberi, vel extraneo poſt aditam hæreditatem. Quartò per text. *in l. fin. Cod. de Hæred. inſtitut.* vbi ſi teſtator inſtituto Plotio, dixit, *Sempronius Plotij hæres eſto,* fit interpretatio, quaſi dixerit: Si Plotius ſibi non fuerit hæres, tunc Sempronium in totum, partemve Plotij ex ſubſtitutione vocari. Et ſic ea ſubſtitutio quamuis facta ſit in forma Compendioſæ, ſolùm intelligitur Vulgaris, & non trahitur ad fideicommiſſum, eoquod fuerit facta verbis directis. Quintò denique, quia Compendioſa facta impuberi per verba directa non continet Fideicommiſſariam poſt pubertatem inſtituti qui adiuit, ſed ſtatim expirat adueniente pubertate, vt tradit Gloſ. *in d. l. Centurio,* & tenent plerique, vt infra videbimus; ergo etiam facta puberi per verba

ba directa non continet Fideicommiſſariam; cùm eadem ſit ratio de pubere, atque de impubere poſtquam ad pubertatem peruenit.

1031 Hæc tamen non tanti ſunt momenti, vt à communiſsima ſententia recedere cogant. Ad primum itaque reſpondetur, quidquid ſit an fideicommiſſum cenſendum ſit odioſum, aut fauorabile (multi enim cenſent reputari fauorabile, quando ſuccedit loco Pupillaris ſubſtitutionis, vt videri poteſt apud Trentacinq. & Fuſar. *vbi ſupra,*) certè ex conjectura voluntatis induci poteſt, *l. Cum proponebatur, ff. de Leg. 2. l. Cum virum, Cod. de Fideicommiſſ. l. Cum quæſtio, in fine, Cod. de Legat.* & latè Mantic. *de Conjectur. vlt. volunt. lib. 7. tit. 3. num. 1. & 2.* In præſenti autem intelligitur teſtator voluiſſe, vt ſubſtitutio valeret jure fideicommiſsi poſt aditam hæreditatem, vt probatum eſt. Neque nouum eſt verba directa trahi ad Fideicommiſſariam ex benigna interpretatione, *d. l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* Ad ſecundum, miſsis alijs ſolutionibus, reſpondet bene Trentacinq. *d. cap. 9. num. 3.* ideo in caſu illorum textuum non valere legatum libertatis directæ in vim fideicommiſsi, quia ibi teſtator relinquit libertatem ſeruo alieno, quem poſtea alij legauit: vnde ſublata eſt præſumptio, quòd voluerit legatum libertatis valere jure fideicommiſsi. Si autem nemini eſſet legatus, tunc ad fideicommiſſum traheretur, vt probat text. *in l. Generaliter, §. Siquis ſeruo pignorato, ff. de Fideicommiſſ. libertatib.* Ad tertium reſpondetur, ſenſum illorum textuum eſſe, quòd illa ſubſtitutio non valet poſt aditam hæreditatem jure directo: non autem quòd etiam non valeat jure fideicommiſsi. Ad quartum reſpondetur, in illa, *l. fin.* non negari, quòd illa ſubſtitutio trahatur ad Fideicommiſſariam poſt aditam hæreditatem; ideo autem factam potiùs eſſe interpretationem de Vulgari, quàm de Fideicommiſſaria, quia illa magis congruebat verbis, *hæres eſto*, quæ ſunt directa.

1032 Ad quintum denique reſpondetur, in primis ſub judice adhuc eſſe, an etiam Compendioſa facta impuberi per verba directa valeat jure fideicommiſsi poſt pubertatem; qua de re infra. Deinde, dato quod non valeat, diuerſam rationem eſſe in noſtro caſu; nam Compendioſa facta puberi, vel non exiſtenti in poteſtate teſtatoris, refertur neceſſariò ad tempus ante, & poſt aditam hæreditatem: ſiquidem eo ipſo quòd eſt Compendioſa, neceſſariò reſpicit plura tempora: in præſenti autem non poteſt referri ad tempus ante, & poſt pubertatem; tùm hoc ſolùm conueniat Compendioſæ factæ impuberi, cui poteſt pupillariter ſubſtitui: ſi autem refertur ad tempus ante, & poſt aditam hæreditatem; ergo voluntas teſtatoris eſt, quòd ſubſtitutus admittatur etiam poſt aditam: vnde cùm non poſsit admitti jure directo, juxta proprietatem verborum, recedendum eſt à tali proprietate, & trahenda eſt ſubſtitutio ad Fideicommiſſariam ex benigna interpretatione, vt voluntas teſtatoris ſeruetur; & ſic ſubſtitutus jure fideicommiſsi admittetur. Quando autem Compendioſa facta eſt impuberi, cui poteſt ſubſtitui pupillariter, poteſt optimè intelligi, quòd referatur ad tempus ante, & poſt aditam hæreditatem, quin oporteat eam trahi ad Fideicommiſſariam; ſiquidem ante aditam, erit Vulgaris, & poſt aditam, erit Pupillaris intra tempus pubertatis; qua adueniente, prorſus extinguetur, ita vt deinceps, nec vt Pupillaris, neque vt Fideicommiſſaria ſuſtineatur.

Quarta concluſio. Quando Compendioſa verbis directis facta eſt impuberi à pagano, qui ei poteſt pupillariter ſubſtituere, lis magna inter DD. eſt, an talis ſubſtitutio trahatur ad fideicommiſſum poſt pubertatem inſtituti, qui adiuit? Et tam negatiua, quàm affirmatiua ſententia eſt valde probabilis, & communis. Negatiuam tenent Gloſ. *in d. l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari,* & ibi Bald. *num.* 1. Aretin. *num.* 1. Paul. de Caſtr. *num.* 3. & Jaſ. *numer.* 2. Glol. *in l. Centurio, verb. Dumtaxat, ff. eod.* & ibi Barth. *num.* 16. Bald. *in* 1. *oppoſit* Angel. *num.* 4. Aret. *num.* 8. Imola *num* 20. Alex. *num.* 70. Iaſ. 1033

num.

num. 32 Ripa *num.* 69. Bologn. *numer.* 146. *& num.* 154. Cephal. *num.* 467. & alij, Gloſ. *in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Barthol. *num.* 11. Fulgoſ. *num.* 12. *& ſeq.* Aret. *num.* 6. *&* 11. Paul. Caſtr. *num.* 15. Aretin. *numer.* 10. Caccialupus *numer.* 46. & Curt. jun. *num.* 54. Gloſ. *in l. In pupillari, ff de Vulgari,* & ibi Alber. *in fine,* Imola *num.* 1. & Paul. Caſtr. *in fine,* Gloſ. Accurſij *in §. Qua ratione, verb. Ad exemplum, in fine, Inſt. de Pupillari,* Couar. *in cap. Raynutius,* §. 9. *num.* 15. Emman. Coſta *in cap. Si pater,* 3. *p. verb. Interdum, num.* 72. *de Teſtament. in* 6. In *tractatib. de Subſtitut. in materia Compendioſæ,* Bald. *numer.* 5. *&* 7. Anton. Fumeus *num.* 77. Roland. *num.* 24. & Roger. *q.* 3. *numer.* 4 & multi alij, quos longa ſerie referunt, licèt non ſequantur Menoch, Trentacinq. Peregrin. & Fuſar. *loc. infra citat.* Totum fundamentum hujus ſententiæ conſiſtit in hoc, quòd is, qui ſubſtituit verbis directis filio impuberi, ſolùm oſtendit ſe velle facere ſubſtitutionem directam. Vnde cùm in caſu propoſito facta ſit ſubſtitutio Compendioſa verbis directis, erit Vulgaris ante aditam hæreditatem, & Pupillaris poſt aditam, ſi inſtitutus decedat in pupillari ætate, nullo autem modo Fideicommiſſaria. Id quòd multis juribus citati DD. confirmant, vt per text. *in d. l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari, & in d. §. Extraneo, Inſt. de Pupil. & in d. l. Si ſeruus legatus, §. Si ſeruus alienus, ff. de Leg.* 1. *& in d. l. fin. Cod. de Hæred. inſtit.* quos textus inducunt eodem fere modo, quo *ſupra num.* 1030. pro opinione ibi relata inducti fuiſt. Item per text. *in l fin. Cod de Codicil. & in l. Non codicillum, Cod. de Teſtament.* ex quibus habetur quando quis voluit teſtari, & ſic directis verbis de ſua hæreditate diſponere, non licere eam voluntatem ad fideicommiſſi interpretationem, veluti ex codicillis, transduci. Vnde ſimiliter non licebit ſubſtitutionem verbis directis factam trahi ad fideicommiſſum. Alia jura, quæ pro hac ſententia faciunt, videri poſſunt apud Trentacinq. & Fuſar. *infra citat.* Pro illa etiam ſtat jus Caſtellæ *in l.* 12. *tit.* 5. *part.* 6. vbi apertè definita eſt.

In multis autem caſibus prædicta ſen- 1034
tentia fallit, juxta illius Authores. Primo enim fallit, ſi ſubſtitutio ſit facta in re certa. Secundo ſi ſit facta ſub conditione, *Si inſtitutus ſine liberis deceſſerit.* Tertio, quando in teſtamento fuerit appoſita clauſula Codicillaris. Quartò, quando ſubſtitutio eſſet facta in teſtamento inter liberos, præſertim ſi eſſet facta reciproce, & æqualiter inter ipſos liberos. Quinto, quando ſubſtitutio eſſet facta in codicillis. Sexto, quando in teſtamento eſſet adjecta clauſula, *Omni meliori modo,* maximè ſi talis clauſula appoſita ſit in ipſa ſubſtitutione. Septimò, quando ſuper ſubſtitutione interuenit juramentum teſtatoris. Octauò, quando adeſſet clauſula, *Vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum.* Nono, quando eſſemus in caſu, in quo ex æquitate procedendum eſſet. Decimò, quando ſubſtitutio eſſet facta per aduerbium diſtributiuum, *Quandocumque.* Vndecimò, quando ſubſtitutionis verba non eſſent relata expreſsè ad perſonam filij, vt dicendo, *Ei hæres eſto,* ſed potius ad perſonam teſtatoris, vt, *Mihi hæres eſto.* Duodecimò, quando perſona ſubſtituta eſt valdè dilecta teſtatori. Decimotertiò, quando ſubſtitutio eſt facta ex pia cauſa. Decimoquartò, quando ſubſtitutio eſt concepta cum expreſſa denumeratione ætatum, vt ſi dictum eſſet, *Si filius meus deceſſerit in pupillari ætate, vel poſtea quandocumque, ſit hæres Caius.* Decimoquinto, quando teſtator mandaſſet, vt teſtamentum non intelligeretur ex ſubtilitate juris. Decimoſexto, quando extaret Statutum, quod teſtamenta intelligantur ſecundùm naturalem ſignificationem verborum, & non ſecundùm rigorem literæ. Decimoſeptimò, quando teſtator prohibuiſſet, detrahi Trebellianicam. Decimooctauò, quando in ſubſtitutione adhibita eſſent verba, *Pleno jure,* vel, *Sine aliqua diminutione,* vel, *Integraliter,* aut ſimilia. Decimononò, quando appa-

ret

ret teſtatorem voluiſſe ſubſtituere etiam poſt ætatem pupillarem, vt ſi dixit, quod bona maneant perpetuo in familia. Vigeſimo, quando Compendioſa eſſet juncta cum Reciproca, & facta eſſet imparibus. Vigeſimo primo, quando teſtamentum eſſet factum à perſona ignara ſignificationis verborum.

1035 Quas omnes fallentias cum ſuis Auctoribus refert, & declarat Fuſar. *de Subſtit. q.* 145. *à num.* 28. vbi etiam in ſingulis adducit, qui contrarium ſentiunt; & ipſe quoque aliquas reprobat, maximè verò tertiam, de clauſula Codicillari, quam ego etiam minimè admittendam cenſeo, licèt ferè omnes Juriſtæ illam approbent, vt apud eundem Fuſar. videri poteſt. Eaſdem ferè omnes fallentias tradit Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumption.* 55. Aliquas etiam earum affert, ac diſcutit Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 9. *à num.* 4. nempe ſecundam, tertiam, (quæ eſt de clauſula Codicillari, de qua latiſſimè agit,) quintam, nonam, decimam, vndecimam, decimam quartam, licèt non eodem ordine. Non paucas etiam ex ijs affert, & explicat Peregrin. *d. art.* 34. *à numer.* 74. Qui DD. plures alios referunt.

1036 Credit etiam Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 16. *ff. de Vulgari,* prædictam communem ſententiam procedere, quando ſubſtitutio eſt facta verbis ciuilibus directis: non verò, ſi facta ſit verbis directis non ciuilibus, vt, *Capiat hæreditatē Caius,* vel, *Filius meus moriatur Caio:* aut ſimilibus. Quam opinionem ſequuntur Bald. *tract. de Subſtitut. tit. de Compendioſa, num.* 6. Aret. *in d. l. Centurio, numer.* 8. & ibi Galliaula, *numer.* 201. Ripa *num.* 72. Bologn. *num.* 159. & Socin jun. *num.* 226. Bald. *in l. Si ſine, num.* 1. *Cod. Ad Trebel.* Angel. *in l. Precibus, numer.* 20 *Cod de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & alij non pauci, apud Fuſar. *d. q.* 245. *numer* 26. & Trentacinq. *d cap.* 9. *num.* 6. Verùm hanc Bartholi diſtinctionem multi reijciunt; vt Salic. *in d. l. Precibus, numer* 7. Caſtralop. *num.* 44. *& ſeqq.* Cagnol. *num.* 209. & Rimin. jun. *num.* 399. Cumenſis *in d. l. Centurio,* & ibi Imola *num.* 11. Alex. *num.* 35. Jaſ. *num.* 31. Lanfranc de Oriano, *num.* 21. & alij, Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 5. *num.* 2 qui prædictam diſtinctionem dicit commentitiam, & ex proprio cerebro Bartholi, atque à pleriſque DD. improbatam, Polit. *de Subſtit. tit. de Compendioſa, num.* 22 qui dicit illam diſtinctionem procedere ſine jure, &c. ideo communiter non placere, Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2 *§.* 18. *num.* 77. qui dicit, eam diſtinctionem à jure non probari, & à nemine receptam eſſe (ſcilicet ex ijs, quos ipſe legerit) multique alij, quos refert & ſequitur Fuſar. *ſupra numer.* 27.

Contrariam ſententiam affirmatiuam, 1037 quòd imò dicta ſubſtitutio verbis directis facta trahatur ad fideicommiſſum poſt pubertatem, tenet Joan. Andr *in cap. Si pater, col.* 6. *& ſeq. de Teſtament. in* 6. Bald. *in l. Ex tribus, num.* 4. *Cod. de Inoffic. teſtam.* Angel. *in l.* 1. *in princip. ff. de Hæred. inſtit. & in d. l. Centurio, ff. de Vulgari,* & ibi Galliaula, *numer.* 287. Socin. jun. *num.* 224. & Alciat. *num.* 66. Salic. *in d. l. Precibus, col.* 7. *verſ. Et iſtam partem, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Dec. *num.* 17. Sebaſt. Sap. *num.* 59. Coraſ. *num.* 57. & Cagnol. *numer.* 190. Abb. *in cap. Raynutius, num.* 21. *de Teſtament.* & ibi Anton. de Butr. *num.* 42. vbi teſtatur ita ſeruari Florentiæ, Polit. *de Subſtitut. tit. de Compendioſa, num.* 22. Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 5. *numer.* 17. *cum ſeq.* Leon. *tract. etiam de Subſtit. tit. de Compendioſa, num.* 307. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 7. *num.* 4. *verſ. Sed his non obſtantibus,* Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 192. *longe poſt med. verſ. Ioannes Andreas,* & multi alij, quos citant, & ſequuntur Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 7 *tit* 3 *ſub num.* 4. Menchac. *de Succeſſ progreſſ. lib.* 2. *§.* 18. *num.* 76. *& ſeqq.* Sforc. Oddo, *tract. de Compendioſa, p.* 5. *à pagina* 128. *art.* 2. *num.* 28. vbi dicit hanc opinionem eſſe æquiorem, licèt contraria ſit magis communis, Menoch. *de Præſumpt. lib* 4. *præſumpt.* 55. *ſub num.* 7. *verſ. Retinenda eſt* Trentacinq.

cinq. *de Subſtitut. p. 4. cap. 9. ſub numer. 3. verſ. Cum ſuperior, juncto verſ. Ex prædictis*, vbi ex Corneo refert hanc ſententiam eſſe magis communem apud Canoniſtas, Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 34. num. 73.* & Fuſar. *de Subſtitut. q. 245. num. 15.* Qui DD. pro hac etiam opinione adducunt Gloſ. Accurtij *in d. §. Extraneo, Inſtit. de Pupillari.* At hæc Gloſ. ſolùm ſubdubitando dicit, quod fortè ſubſtitutio per verbum, *Hæres eſto*, trahitur ad Fideicommiſſariam, ſicut ſi eſſet facta per verbum commune.

1038 Fundamentum capitale hujus ſententiæ eſt, quia teſtator ſubſtituendo Compendioſe filio impuberi abſque limitatione ad tempus ante pubertatem, videtur illi ſubſtituere tam in tempus ante, quàm poſt pubertatem, & tam ante aditam, quàm poſt aditam hæreditatem, *d. l. Centurio, ff. de Vulgari, & d. l. Precibus, Cod. de Impub. & al. ſubſtitut.* Igitur cùm poſt aditam, & poſt pubertatem ſubſtitutio non poſsit valere niſi in vim fideicommiſsi, intelligendum eſt teſtatorem voluiſſe vt eo modo valeret, & ſic vt Fideicommiſſaria ſuſtinenda eſt; quia voluntas teſtatoris totum facit, & primum locum obtinet, *l. In conditionibus, ff. de Condit. & demonſtr.* eaque ſeruanda eſt, etiamſi verba improprientur, *l. Inſulam, ff. de Præſer. verb. l. Scire oportet, §. Aliud, ff. de Excuſat. tutor.* Quod maximè verum eſt in ſubſtitutionibus, ad quas inducendas ſufficit voluntatis præſumptio, etiamſi verba repugnent; ſic enim ſub Vulgari expreſſa continetur tacita Pupillaris, & tacita Vulgaris ſub expreſſa Pupillari, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Confirmatur per textum notabilem *in l. Ex facto, & in l. Qui filium, ff. Ad Trebel. & in l. Filiusfamil. §. Vt quis hæredem, ff. de Leg.* 1. vbi habetur, quòd ſiquis hæredem à ſe inſtitutum grauet, vt directò inſtituat alium hæredem poſt mortem, vel vt fauore venientium ab inteſtato decedat inteſtatus, iſta diſpoſitio directa non valet eo modo quo concepta eſt, ſed conuertitur in fideicommiſſum, quo inſtitutus tenetur bona illis reſtituere. Alia fundamenta videri poſſunt apud Anton. Gom. Trentacinq. & Fuſar. *loc. citat.*

Ex his ſententijs hæc ſecunda nobis videtur verior, & ſimpliciter amplectenda, cùm ſit magis conſona voluntati defuncti, cui etiam per impropriationem verborum deſeruiendum eſt. Credo autem quod in Luſitania præfe1etur prima ſententia in judicando propter Ordinationem Regiam, quæ præcipit, vt in caſibus non expreſsis in jure ipſius Regni, vel communi, ſequantur Judices opinionem Accurtij, & Bartholi, ſi non fuerit communiter ab alijs reprobata: conſtat autem primam ſententiam eſſe Accurtij, & Bartholi, & à pluribus approbari. Cæterùm tenendo ſecundam, facilè ipſius primæ fundamentum ſoluitur. Reſpondetur enim, licèt attento rigore & proprietate verborum, qui ſubſtituit verbis directis, ſolùm oſtendat ſe velle ſubſtituere directò, attamen per hoc non tolli conjecturam, & benignam interpretationem voluntatis, ex qua ſępe intelligatur voluiſſe, vt diſpoſitio valeat in vim fideicommiſsi, ſi jure directo valere non poſsit, vt per *l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* & ſimiles indubitatum eſt: vnus autem ex caſibus, in quibus hujuſmodi interpretatio habet locum, eſt Compendioſa, de qua loquimur, vt ex fundamento noſtræ ſententiæ ſatis conſtat. Ad confirmationem petitam ex text. *in d. l. Verbis ciuilibus, & in d. §. Extraneo, & in d. §. Si ſeruus alienus, & in d. l. fin.* reſponſio patet ex dictis *numer.* 1031. vbi ſimile argumentum, quod ex his juribus petebatur, excluſum eſt.

Ad text. verò *in l. fin. Cod. de Codicil. & in l. Non codicillum*, reſpondetur, ex his textibus ſolùm probari, quòd quando teſtator voluit teſtari, & ſic inſtituere hæredem, non intelligi voluiſſe facere codicillum, neque quòd teſtamentum valeret vt codicillus: ex quo non rectè infertur, quòd quando voluit ſubſtituere directò, noluerit vt talis ſubſtitutio trahatur ad fideicommiſſum, ſi non poſsit valere jure directo, cùm oppoſitum ſit expreſsè definitum *in d. l. Scæuola*, & ex alijs etiam juribus colligatur. Et ratio diuer-

hæreditatis eſt; quia teſtamentum eſt quædam diſpoſitio, ſeu via diſponendi totaliter longè diuerſæ rationis à codicillis, in qua & directò, & ſimul fideicommiſſariè hæreditas dari poteſt. Quapropter ſi teſtator elegit viam diſponendi per teſtamentum, & ſolùm directò hæreditatem reliquit; non eſt ratio cur debeat intelligi voluiſſe ſimul codicillari, & conſequenter dare etiam hæreditatem indirectè, ſeu fideicommiſſariè, niſi id declaret, exceptis quibuſdam caſibus, in quibus clauſula Codicillaris ſubintelligitur. In noſtro autem caſu ſubſtitutio eſt quædam pars teſtamenti, in qua teſtator ſubſtituit filio etiam poſt aditam, & poſt pubertatem, pro quo tempore non poteſt facere ſubſtitutionem directam, ſed tantùm Fideicommiſſariam, & ideo ne fruſtratoriè pro eo tempore ſubſtituiſſe videatur, intelligi debet voluiſſe pro tunc facere Fideicommiſſariam, etiamſi verbis directis vſus ſit; quod ſecùs eſſet, ſi pro illo etiam tempore potuiſſet ſubſtituere directò, vt ſi eſſet miles, de quo § *præced. num.* 1000. dictum eſt.

1041 Ad alia iura quæ pro prima ſententia faciunt, facilè ex prædictis reſponderi poteſt: eiſque ſingillatim reſpondent Trentacinq. & Fuſar. *loc. citat.* Quod autem dicitur de iure Caſtellæ ſolùm in eo Regno locum habet, & ibi ſeruari debet.

§ 5. *Quæ ſubſtitutiones contineantur in Compendioſa facta verbis communibus à pagano?*

SVMMARIVM.

Compendioſa facta verbis communibus à pagano continet Vulgarem ſubſtitutionem, num. 1042. *Quæ concluſio ampliatur, etiamſi talis ſubſtitutio ſit facta ſub conditione,* Si ſine liberis deceſſerit, *num.* 1043. *Limitatur autem, vt non procedat quando ſubſtitutio eſſet facta in re certa, vel in quota bonorum, num.* 1044.

Compendioſa facta filio impuberi à pagano verbis communibus continet Pupillarem pro caſu quo filius decedat ante pubertatem, num. 1045. *Probatur pluribus fundamentis, num.* 1046. *& ſeqq. Contrarium tenent non pauci DD. & quibus fundamentis? numer.* 1049. *& ſeq. Rejiciuntur, & ſatisfit eorum motiuis, num.* 1051. *Maximè verò prædicta concluſio procedit, quando concurrerint aliquæ conjecturæ, quòd ea fuerit voluntas teſtatoris, num.* 1052.

Ampliatur dupliciter prædicta concluſio, num. 1053.

Limitatur autem primò, vt non procedat ſi mater pupilli ſit in medio, num. 1054. *Ampliatur hæc limitatio vt locum habeat licèt ſubſtitutio ſit facta per aduerbium,* Quandocumque, *num.* 1055. *Reſtringitur autem multipliciter, præſertim ex tribus capitibus: primò, quando capi poterit conjectura, quòd teſtator voluit ſubſtituere directè: Secundò, quandò ſubſtitutus fuerit deſcendens teſtatoris: Tertiò, quando tacita Pupillaris contra matrem admitteretur, num.* 1056.

Excluditur prædicta limitatio, tanquam minùs probabilis, ejuſque fundamentis reſpondetur, num. 1057. *& ſeq.*

Vtrum per Pupillarem contentam in dicta Compendioſa excludatur mater pupilli, etiam à legitima ſibi aliàs debitâ ex bonis filij? num. 1059.

Limitatur ſecundò, quando ſubſtitutio eſſet facta in re certa. Et ampliatur tripliciter hæc limitatio, num. 1060. *Intelligenda verò eſt, niſi ſaltem ex conjecturis conſtet teſtatorem voluiſſe relinquere illam rem certam jure ſubſtitutionis directæ: & aſſignantur aliquæ conjecturæ talis voluntatis, num.* 1061. *& ſeq.*

Limitatur tertiò, quando ſubſtitutio eſt facta in quota hæreditatis, num. 1063. *Ea tamen ſubſtitutio reſoluetur in Vulgarem, ſi pupillus non adeat, num.* 1067. *Præterea dicta limitatio intelligitur, niſi tota hæreditas fuerit diui-*

ſa

ſa per quotas in plures ſubſtitutos; numer. 1065.

Pupillaris continetur. in Compendioſa impuberi per verbum commune in quotis bonorum totam ſubſtantiam exhaurientibus; ibid.

Limitatur quartò, quando ſolùm apparet teſtatorem voluiſſe diſponere de bonis ſuis, vt ſi dixit; Subſtituo in bonis meis, *vel,* Subſtituo mihi, &c. *numer.* 1066. *In aliquibus tamen caſibus hæc limitatio non admittitur. & quinam illi ſint? num.* 1067.

Compendioſa facta verbis communibus à pagano continet Fideicommiſſariam, pro caſu,quo jure directo valere non poteſt; num. 1068.

Hæc concluſio ampliatur primò etiamſi dictum ſit; Quandocunque filius meus deceſſerit, ſubſtituo ei Titium: *licèt nonnulli ſatis probabiliter refragentur; num.* 1069.

Ampliatur ſecundò, etiamſi verbo communi ſit adjunctum directum,vt ſi dictum ſit; Inſtituo, & ſubſtituo Titium; *num.* 1070.

Limitatur primò, vt non procedat quando ſubſtitutio impuberi expreſsè nuncupato eſt facta per verbum executiuum, vt ſi dictum eſt; Filio meo impuberi ſuccedat; *numer.* 1071. *Declaratur hæc limitatio; num.*1072. *& ſeqq.*

Limitatur ſecundò, quando verbo communi addita eſſet clauſula, Pleno jure; eo ipſo, integrè, liberè, ſine mora; *vel alia ſimilis; num.* 1075.

Limitatur tertiò, quando teſtator reſtrinxiſſet ſubſtitutionem ad Vulgarem, & Pupillarem, & quomodo id ſit intelligendum? num. 1076.

1042 PRima concluſio pro hac quæſtione eſt: Compendioſa facta à pagano verbis communibus continet Vulgarem ſubſtitutionem,vt cùm dictum eſt; *Quandocunque filius meus deceſſerit, ſubſtituo Caium.* Ita Barthol. *in l. Centurio, numer.* 32. *ff. de Vulgari,* & cæteri communiter, quorum plurimos referunt, eos ſequendo Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 53. *num.* 1. *&* 2. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap* 2. *numer.* 2. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 16. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 238. *numer.* 1. Ratio patet, quia cùm verba talis ſubſtitutionis contineant tractum temporis futuri, & poſsint referri tam ad caſum ante, quàm poſt aditam hæreditatem, vtrumque complectuntur; & ſic pro caſu, ante aditam continent Vulgarem ſubſtitutionem. Contra hanc concluſionem ſolus, quem viderim, diſſenſit Polit. *tit. de Compend. num.* 3. ex fundamento, quod retulimus, & ſtatim excluſimus, *§. præced. num.* 1016. *& ſeq.*

Ampliatur dicta concluſio, vt procedat etiamſi ſubſtitutio ſit facta ſub conditione, *Si ſine liberis deceſſerit.* Ita Surd. *deciſ.* 37. *præſertim num.* 33. vbi pro hac ampliatione allegat Caſtr. Socin. jun. Crauet. Barth. Dec. Bald. & alios, quibus ſubſcribit Fuſar. *d. q.* 238. *num.* 4. & Trentac. *d. cap.* 2. *num.* 2. *verſ. Ex prædictis patet vtramque, & verſ. ſeq.* vbi hanc ipſam ampliationem extendit, vt procedat etiamſi teſtator ita ſubſtitutionem conceperit; *Si Titius hæres ſine liberis quandocunq; deceſſerit, ſubſtituo Sempronium.* 1043

Limitatur autem eadem concluſio, vt non procedat quando ſubſtitutio eſſet 1044
facta in re certa, vel in quota bonorum. Sic Barth. Bald. Angel. & cæteri, *in l. His verbis, ff. de Hæred. inſtit.* per text. *in l. Cogi, §. Generaliter, ff. Ad Trebel.* idem Barth. *in l. Centurio, num.* 18. *&* 33. & ibi Ripa, *num.* 152. per text. *in l. Lucius, §. Filiam, ff. de Leg.* 2. Peregr. *de Fideicom. art.* 34. *ſub n.* 18. *verſ. Aut fuit,* cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 238. *num.* 6. Ratio eſt, quia verbum commune adjectum rei certæ, vel quotæ bonorum, (quæ etiam res certa, ſeu particularis cenſetur) non inducit ſucceſsionem directam, nec trahitur ad vniuerſitatem, ſed ſolùm inducit legatum, vel fideicommiſſum particulare, vt tenent omnes, & à nobis probatum eſt *diſp. præced. ſect.* 11. *§.* 3. *n.* 317. *& ſeq.* & ſic non poteſt inducere ſubſtitutionem Vulgarem, quæ eſt directa, & trahitur ad totam hæreditatem.

Digitized by Google

Vnde notat bene Peregrin. *citat.* ſi inſti-
tutus, cui talis Compendioſa facta eſt,
hereditatem non adeat, perire debere teſ-
tamentum: & addit præterea ſubſtitutio-
nem cenſeri factam in re certa, etiam in
caſu quo in ea veniant jura & actiones
alicujus, ſi non ſint ipſius teſtantis, vt ſi is
filio inſtituto ſubſtituiſſet Titium in bo-
nis ſuis maternis: quod etiam tradit Fu-
ſar. *ſup. numer.* 9. Et probatur per *d. l.
Cogi, §. Sed ſi miles, ff. Ad Trebel.* Si
autem teſtator per portiones diuiſiſſet to-
tum aſſem, tunc quidem tam inſtitutio,
quàm ſubſtitutio in eis facta vniuerſalis
eſſet, vt aduertit idem Peregrin. per tex.
in l. 1. *§. Diuus Pius, ff. de Hæred. inſ-
tit.* Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 36.
& alios.

1045 Secunda concluſio. Compendioſa
facta filio impuberi à pagano verbis com-
munibus continet Pupillarem pro caſu,
quo filius decedat ante pubertatem. Hæc
eſt longè communior ſententia, quam te-
nent Gloſ. Accurſij *in §. Qua ratione,
verb. Ad exemplum, in fine, Inſt. de Pu-
pillari,* & ibi Faber. *num.* 18. Barthol. *in
d. l. Centurio, num.* 29. *ff de Vulgari,* &
ibi Angel. *num.* 5. Imola *num.* 23. Paul.
de Caſtr. *num.* 7. Alex. *num.* 77. Aret. *nu-
mer.* 13. Iaſ. *num.* 45. Zaſ. *num.* 30. Ripa
num. 117. Socin. ſen. *num.* 263. Claud.
Seiſe, *num.* 30. Alciat. *numer.* 34. & 90.
Lanfranc. de Oriano, *numer.* 36. Conſ-
tan. Roger. *in materia Compendioſæ,
cap.* 4. *numer.* 57. Ruin. *numer.* 37. &
alij, Barthol. *in l. Precibus, numer.* 16.
Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut. & ibi
Bald. *numer.* 41. Angel. *numer.* 10 Caſ-
tr. *col.* 7. Salic. *col.* 9. Alex. *numer.* 11.
Jaſ. *numer.* 15. Corn. *numer.* 72. Cagnol.
numer. 213 Curt. jun. *numer.* 17. Coraſ.
numer. 61. Sapia *numer.* 81. Caccialup.
numer. 75. & Riminal. jun. *numer.* 461.
Ioan. Andr. *in cap. Raynutius, col.* 3. *de
Teſtament.* & ibi Anton. Butr. *numer.*
42. *fine,* Abb. *numer.* 12. Imola *numer.*
190. Guilliel. Bened. *in materia Com-
pendioſæ, numer.* 45. & Couar. §. 9. *nu-
mer.* 17. Polit. *de Compendioſa, numer.*
30. Leon. *eod. tit. numer.* 386. *&* 430.
Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 5. *numer.* 20. Me-
noch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 54.
ante num. 13. *verſ. Exiſtimo communem,*
Emman. Coſt. *in c. Si pater,* 3 *p. verb. In-
terdum, n.* 93. *in fine, de Teſtam in* 6. Va-
laſc. *conſult.* 54. *num.* 5. Mol. *de Iuſtit. tom.*
1. *diſp.* 192. *ad fin. verſ. Alij denique,* vbi
pro hac ſententia adducit Gloſ. Accurſij
fin. in d. l. Centurio, & Gloſ. *in d. c. Si pa-
ter,* additque hanc ipſam ſententiam eſſe
definitam jure Caſtellæ *in l.* 12. *tit.* 5. *part.*
6. & multi alij, quos referunt & ſequun-
tur Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 7. *fine,*
Sfort. Odd. *de Compendioſa, part.* 5. *q.* 3.
tit. de Compendioſa à pagano facta, art. 3.
n. 32. Trentac. *de Subſtit. p.* 4. *c.* 11. *ſub n.*
3 *juncto verſ. Ex hoc textu, ante n* 8 Pe-
regr. *de Fideicom. art.* 34. *num.* 24 *& ſeqq.*
& Fuſar. plurimos referens *de Subſtit. q.*
241. *in princ.* Qui omnes docent dictam
Cõpendioſam pro tempore ante puber-
tatem valere vt Pupillarem, poſtea verò
vt Fideicommiſſariam.

Probatur primò, quia Compendioſa 1046
accipit interpretationem, & variationem
ſecũdùm diuerſa tempora pro quibus fit,
vt ſatis conſtat per *d. l. Centurio, ff. de Vul-
gari,* vbi Compendioſa facta à milite ver-
bis directis pro tempore ante pubertatem
intelligitur, & valet vt Pupillaris, & poſt
pubertatem vt Militaris, nihil obſtante
quòd pro vtroque tempore poſſet fieri
vniformiter, & valere tantùm vt Milita-
ris: ergo etiam Compendioſa verbis com-
munibus facta interpretationem, & vari-
ationem admittet juxta illorum tempo-
rum varietatem, vt pro tempore ante pu-
bertatem ſit Pupillaris, & poſt puberta-
tem Fideicommiſſaria; etiamſi pro vtro-
que tempore potuiſſet eſſe Fideicommiſ-
ſaria, ſi teſtator id vellet.

Probatur ſecundò ex textu *in d. cap. Si* 1047
pater, de Teſtament. in 6. vbi ad finem
traditur vniuerſalis regula, quòd ſem-
per in ſubſtitutionibus capienda ſit in-
terpretatio, vt ſubſtitutio ſit potiùs
directa, quàm obliqua, ſi modò talis in-
terpretatio verbis, & perſonis con-
ueniat: in noſtro autem caſu pro
tempore ante pubertatem conuenit
ver-

verbis, & perſonis, quòd ſubſtitutio ſit directa, nempe Pupillaris; ſiquidem verba ſunt communia, quæ de ſe tam directæ, quàm indirectæ ſubſtitutioni inſeruiunt: item conuenit perſonis, cùm filio ante pubertatem maximè conueniat Pupillaris. Ergo pro dicta Pupillari capienda eſt interpretatio dictæ Compendioſæ, vt refertur ad tempus ante pubertatem.

1048 Probatur tertiò & vltimò, omiſsis alijs, quia actus debet ſemper præſumi factus, prout eſt vtilior agenti, & ei pro quo agitur, vt probatur per *l. Eo magis, ff. de Solution.* & per not. *in l. Gerit, ff. de Acquir. hæred.* & tradunt Alex. *conſil.* 55. *col* 2. *&* 3. Craueta *conſil.* 106. *num.* 9. In præſenti autem tam ex parte patris ſubſtituentis, quàm filij cui ſubſtituitur, & reſpectu etiam ipſius ſubſtituti, vtilior eſt ſubſtitutio Pupillaris, quàm Fideicommiſſaria, vt conſideranti patebit: ergo, &c. Confirmatur, quia pater præſumitur prouidere filio, non illum grauare, *l. In fideicommiſsi, §. Cum Pollidius, ff. de Vſuris, l. Si furioſo puberi, ff. de Curat. l. Filius matrem, & l. Siquis in ſuo, §. pen. Cod de Inoffic. teſtament.* præſumitur enim bonorum conſilium capere pro filio, *l. Nec ea, ff. de Adulter.* Ergo in dubio præſumendum eſt, potiùs voluiſſe illi facere Pupillarem ſubſtitutionem, quæ eſt prouiſio fauorabilis & honorabilis, quàm Fideicōmiſſariam, quæ eſt onus, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari.*

1049 Contrariam ſententiam, quòd imò dicta Compendioſa non contineat Pupillarem, ſed omni tempore ſit Fideicommiſſaria, tenent Gloſ. *in §. Extraneo, verb. Per fideicommiſſum, Inſtit. de Pupillari,* Iacob Butrigar. Rainer. Martin. Silliman. Odofred. & fere antiqui omnes ante Barthol. vt ipſe teſtatur *in d. l. Centurio, ſub numer.* 17. Gloſ. *in l. Ex tribus, verb. Directam, Cod. de Inoffic. teſtament.* & ibi Bald. *numer.* 2. Azo *in rubr. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut. numer.* 18. Bald. *in l. Iam hoc iure, §. Itaque, ff. de Vulgari, & in l. Sicut annos, verſ. Sed quia, ff. Quemadmod. vſufruct. amit. & in l. Pomponius, numer.* 1. *ff. de Negot. geſt.* Gloſ. *in l. Precibus, verb. Fideicommiſsi, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Bald. *numer.* 38. & Alber. *numer.* 119. *in fine,* idem Alber. *in rubr. ff. de Vulgari, numer.* 90. *ante fin.* & alij non pauci, quos congerunt Oddo, Trentacinq. & Fuſar. *locis ſupra citat.*

Mouentur his potiſsimùm fundamentis. Primò, quia verbum reſpiciens duo, vel plura ad quæ determinatur, debet pariformiter determinari, *l. Iam hoc iure, ff. de Vulgari:* ſed verbum commune, quo teſtator in dicta Compendioſa vſus eſt, reſpicit, & determinatur ad tempus ante, & poſt pubertatem inſtituti: ergo debet determinari vniformiter, vt ſcilicet tam pro tempore ante pubertatem, quàm poſt illam denotet & inducat Fideicommiſſariam; quam ſolam pro vtroque tempore paganus facere poteſt; cùm poſt pubertatem nequeat ſubſtituere directò, *l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari.* Secundò, quia vna & eadem res non debet diuerſo iure cenſeri, *l. Eum, qui ædes, ff. de Vſucap.* Si autem dicta ſubſtitutio valeret iure directo ante pubertatem, & indirecto poſt pubertatem, iam eadem res cenſeretur diuerſo iure: ergo non debet admitti. Tertiò denique, omiſsis alijs, quia videtur eſſe caſus *in cap. Raynutius, de Teſtament.* vbi ex Compendioſa facta per verbum, *Succedat*, quod eſt commune, admittitur ſubſtitutus iure fideicommiſsi: vnde videtur quòd talis ſubſtitutio omni tempore ſit Fideicommiſſaria. 1050

Hæc tamen reverà leuia ſunt, & non cogunt deſerere contrariam ſententiam communem. Ad primum namque reſpondetur, illam pariformem determinationem procedere quando eſt eadem ratio in iis quæ reſpiciuntur; non autem ſi ratio ſit diuerſa, vt præſenti caſu, in quo alia eſt ratio reſpectu temporis ante pubertatem, pro quo poteſt fieri Pupillaris, alia poſt pubertatem, pro quo ſoli Fideicommiſſariæ eſt locus. Nec obſtat *d. l. Iam hoc iure,* vbi Reciproca imparibus facta non determinatur difformiter, 1051

iux-

juxta imparitatem ipſarum perſonarum, ſed vniformiter continendo tantùm ſubſtitutiones, quæ vtrique perſonæ conueniunt. Id enim prouenit ex ſpeciali ratione Reciprocæ, quæ ex natura ipſius reciprocationis æqualiter ſe habet inter eos quibus fit, vt *ſect. præced.* §. 1. *num.* 886. *&* 889. dictum eſt, & notat in ſpecie Peregrin. *d. art.* 34 *num.* 33. Ad ſecundum reſpondetur, eandem rem non debere cenſeri diuerſo jure pro eodem tempore: ſecus autem pro diuerſo, vt manifeſtè probatur in *d. l. Centurio, ff. de Vulgari.* Ad tertium reſpondetur, propterea in caſu illius textus admiſſum fuiſſe ſubſtitutum jure fideicommiſſi, quia filia, cui pater ſubſtituerat, deceſſit poſt puberratem; quòd ſi antea deceſſiſſet, tunc ſubſtitutum admittendum fore jure Pupillaris directæ.

1052 Maximè autem prædicta concluſio, & communis ſententia procedit quando ſimul concurrerint aliquæ conjecturæ, quòd teſtator de Pupillari ſubſtitutione ſenſerit; veluti ſi adeſſent verba indicantia teſtatorem voluiſſe, vt ſubſtitutus manu ſua capiat, & non de manu alterius; quam conjecturam, & alias quaſdam ex Barth. & alijs tradit, & expendit Peregr. *d. art.* 34. *& ſeqq.*

1053 Eadem communis ſententia ampliatur primò, vt procedat licèt ſubſtitutio eſſet facta ſub conditione, *Si ſine liberis*, vt poſt alios ſcribunt, Menoch. *conſil.* 362. *num.* 8. *& ſeqq.* Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 6. & Fuſar. *d. q.* 241. *numer.* 14. *&* 15. vbi cum multis alijs aduertit id maximè procedere, quando dictum fuiſſet; *Si in pupillari ætate, & ſine liberis*; vel, *Si deceſſerit in pupillari ætate, vel poſtea ſine liberis.* Nonnulli tamen contra iſtam ampliationem ſentiunt, quos citati DD. referunt. Ampliatur ſecundò etiamſi ſubſtitutio facta ſit ſub conditione, *Si hæres inteſtatus decedat*: ſic contra aliquos tradit cum alijs Fuſar. *ſupra, numer.* 16.

Plurimas autem limitationes dicta communis, ſententia patitur. Quatuordecim numerat Fuſar. *dict. quæſtion.* 241. *à numer.* 17. quę omnes fundantur in conjecturata voluntate teſtatoris: tres aut quatuor celebriores hic exponemus.

Prima limitatio eſt, vt non procedat ſi mater pupilli ſit in medio; quod tunc ex benigna interpretatione in fauorem matris intelligi debeat, Compendioſam per verba communia, etiam pro tempore ante pubertatem, eſſe Fideicommiſſariam, non Pupillarem: Ita ſenſit Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 28. *ff. de Vulgari*, eſtque communiſsima ſententia, pro qua ſeptuaginta DD. à ſe alibi cõmemoratos eſſe, dicit eam ſequens Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 56. *num.* 3. & plures adhuc refert Fuſar. *de Subſtitut. q.* 242. *num.* 1. licèt eam non ſequatur; non paucos etiam adducunt Trentacinq. & Peregrin. *loc. infra citat.* qui illam etiam non ſequuntur. Probatur præcipuè his fundamentis. Primò, quia in dubio ſumenda eſt interpretatio, quæ fauet matri, vt colligitur ex *l. Qui duos*, §. 1. *ff. de Reb. dub.* vbi quando pater, & filius perierunt in eodem prælio, & neſcitur, vter priùs obierit, præſumitur priùs deceſsiſſe pater, ne mater à filij ſucceſsione excludatur. Ergo, cùm in præſenti ex vi verbi communis non appareat quòd pater voluerit potiùs ſubſtituere directò, quàm per fideicommiſſum filio intra pubertatem decedenti, facienda eſt interpretatio in fauorem matris, quòd voluit potiùs ſubſtituere per fideicommiſſum. Secundò, quia extante matre pupilli, ceſſat Pupillaris; quæ regulariter continetur in Vulgari expreſſa, *l. vltim. Cod. de Inſtitut. & ſubſtitut.* idque ne contra matrem fiat interpretatio voluntatis teſtatoris, vt DD. notant; ergo etiam debet ceſſare Pupillaris, quæ regulariter continetur in dicta Compendioſa facta per verbum commune, ne interpretatio illius verbi fiat contra matrem. Tertiò & vltimò, omiſsis alijs, quia mater habet intentionem fundatam, quòd debeat ſuccedere filio, cùm per legem ei concedatur: ergo niſi conſtet, vel probetur, quòd teſtator voluit eam excludere 1054

re per Pupillarem, illa debet admitti: atqui per dictam Compendioſam id non probatur, ſed manet adhuc in dubio, cùm teſtator vſus ſit verbo communi, & apto non ſolùm ad Pupillarem, ſed etiam ad Fideicommiſſariam ſubſtitutionem.

Prædicta limitatio ampliatur, etiam ſi ſubſtitutio eſſet facta per aduerbium
1055 diſtributiuum, vel ſimile, vt quando dictum eſſet; *Quandocumque deceſſerit, ſubſtituo.* Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 36. *ff. de Vulgari,* & multi alij apud Fuſar. *dict. quæſt.* 242. *numer.* 36. *& ſequent.* vbi refert nonnullos, qui ſubampliant, etiamſi dictiones, *Quandocumque,* & ſimiles eſſent geminatæ.

Sublimitatur autem, ſeu reſtringitur
1056 multipliciter, vt videri poteſt apud citat. DD. præſertim Fuſar. *d. q.* 242. *à num.* 40 *vſque ad finem,* vbi triginta recenſet limitationes, ſeu ſublimitationes. Ferè autem omnes ad tria capita reuocantur, quæ ex Barthol. & alijs tradit Peregrin. *d. art.* 34. *numer.* 39. Primum eſt, quòd reſtringitur in omnibus caſibus, in quibus conjectura capi poteſt, teſtatorem voluiſſe ſubſtituere directè, quos caſus, ſeu conjecturas ipſe Peregrin. adducit, *eod. art.* 34 *num* 34. *& ſeqq.* Secundum eſt, quòd non procedit quando filius teſtatoris, (& idem eſt de alijs deſcendentibus) ſubſtitutus eſſet; nam hic, vti prædilectus, pro ſe potiùs habet præſumptionem voluntatis teſtatoris, vt matrem excludat: Gloſ. vlt. *in fine,* communiter recepta *in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & ibi Cagnol. *num.* 224. Alex. *in d. l. Centurio, num.* 90. & alij. Tertium denique, quòd non habet locum in caſibus, in quibus tacita Pupillaris contra matrem admitteretur; cùm eadem, imò maior ſit ratio, vt in Compendioſa per verbum commune contineatur Pupillaris contra matrem, quàm quòd contineatur in Vulgari expreſſa, vbi verba Pupillari repugnant. Caſus autem, in quibus tacita Pupillaris contra matrem admittitur, tradidimus latè *ſect.* 3. *hujus diſput.* §. 16. *numer.* 696.

Cæterùm quanuis dicta limitatio cum 1057
præfatis reſtrictionibus ſit valde probabilis, & tot pro ſe habeat DD. tamen contraria ſententia, quòd etiam matre extante, dicta Compendioſa verbo communi facta eſt directa, & valet jure Pupillaris, pro tempore ante pubertatem inſtituti, videtur verior, nec eſt minùs communis; pro qua octoginta fermè DD. referunt, eam ſequentes Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34 *ſub num.* 39. *verſ. Contra matrem,* & Fuſar. *d. q.* 242. *num.* 16. Eandem relatis pluribus præferunt, & latiùs declarant Leon. *de Subſtitut. tit. de Compendioſa, num* 404. *& ſeqq* Emman. Coſta *in cap. Si pater,* 3. *p. verb. Et econtra, ſub num* 10. *de Teſtament. in* 6. Mantica *de Conjectur. vltim volunt lib.* 7. *cap.* 3 *ſub num.* 16 Simon de Prætis *lib.* 3 *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 2. *dub.* 1. *ſolut.* 10. *num.* 18 *& ſeq* & Trentacinq. *de Subſtitut p.* 4. *cap.* 11. *ſub num.* 8. Probatur primò, quia cùm ſpectatis verbis dictæ Compendioſæ, quanuis communibus, admittamus contineri in ea Pupillarem, talis Pupillaris eſt expreſſa verbis generalibus: conſtat autem apud omnes, quòd per Pupillarem verbis generalibus expreſſam mater pupilli excluditur, & patet per text. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* à qua generali regula nullo in caſu eſt recedendum abſque textu, vel vrgenti ratione, quæ ad id cogat: nihil autem cogit, vt ab illa in præſenti caſu recedamus; vt ex reſponſione ad fundamenta contraria fiet palam. Secundò, quia Pupillaris ſubſtitutio eſt fauorabilis, & honorabilis filio, cùm per illam decedat teſtatus, & habeat hæredem ſcriptum: fauor autem filij præfertur fauori matris; cùm teſtator magis diligat filium, quàm vxorem: ergo propter fauorem matris non eſt intelligendum, quòd noluit contineri Pupillarem in dicta Compendioſa facta filio. Tertiò denique quia non obſtant quæ in contrarium adducta ſunt.

Ad primum enim reſpondetur, ex illo 1058
text. *in l. Qui duos,* §. 1. non colligi, quòd ſemper capienda eſt interpretatio,

quæ faueat matri. Primò, quia fortè ibi non præſumitur filium poſteriùs obijſſe, ob fauorem matris, ſed quia erat pubes, & robuſtior, qui diutiùs poterat vitam tueri. Secundo, quia eſto illa præſumptio fuerit inducta fauore matris, ſolùm probat, quòd in ſucceſsione filij ab inteſtato (de qua ibi agitur) præſumptio capitur in fauorem matris: non autem, quòd in ſucceſsione ex teſtamento: & ratio differentiæ, omiſsis alijs, eſt quia teſtator potiùs intendit fauere filio, & ſubſtituto, quibus prouidit per ſubſtitutionem Pupillarem; lex autem, per quam mater vocatur ad ſucceſsionem filij ab inteſtato, non ducitur affectione erga filium, ſicut teſtator; & ideo præſumit potiùs in fauorem matris. Adde, prædictum textum procedere in dubio: in noſtro autem caſu non ſumus in dubio, cùm conſtet de Compendioſa, cujus verba ad Pupillarem trahuntur, & ſolùm vertitur in quæſtionem, an hæc interpretatio ceſſet, quando mater eſt in medio. Ad ſecundum reſpondetur, eſſe diuerſam rationem, quando agitur de Pupillari omnino tacita, qualis eſt quæ continetur in expreſſa Vulgari, atque quando de Pupillari expreſſa, qualis eſt de qua hìc agimus; quia tacita inducitur ex potentia legis eam præſumentis contra ipſa verba teſtatoris: durum eſt autem ſic eam legem interpretari, vt non ſolùm præſumpſerit, teſtatorem voluiſſe dare filio ſubſtitutum pupillarem, ſed etiam vt mater per illum excluderetur à legitima ſucceſsione filij, vt latiùs ponderauimus *ſect. 3. hujus diſp. §. 16. num.* 689. quę quidem ratio ceſſat in expreſſa Pupillari, de qua agimus; cùm pro ea ſtent verba teſtatoris volentis expreſsè prouidere filio, & ipſi ſubſtituto. Ad tertium denique reſpondetur, ipſum potiùs ſubſtitutum habere fundatam ſuam intentionem contra matrē; cùm habeat pro ſe verba teſtatoris, quæ licèt ſint communia, tamen cenſentur continere Pupillarem, vt probatum eſt; eamque expreſſam, quæ etiam contra matrem vim habet.

1059 Si quæras vtrùm mater etiam à legitima ſibi aliàs debitâ ex bonis filij excludatur per Pupillarem in dicta Compendioſa contentam? Negant Ioan. de Monteſperello *in d. l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Dec. *num. 19. verſ. Et tenendo*, Curt. jun. *num.* 63. & Caccialup. *num.* 79. Socin. ſen. *conſil.* 150. *num.* 42. *lib.* 1. idem Dec. *conſil.* 228. *numer.* 5. *& conſil.* 643. *num.* 5. *in fine.* Ioan. Dilect. *de Arte teſtan. tit.* 5. *cautela* 6. *num.* 3. & alij apud Fuſar. *infra citat.* Quorum fundamentum eſt, quia propter concurrentiam opinionum adeo eſt dubium, an in dicta Compendioſa, ſuperſtite matre, contineatur Pupillaris, nec ne? vt æquitas juſtitiæ poſtulet, litem componi aliquo æquitatis temperamento: quod erit, ſi mater capiat legitimam, & reliqua bona ſubſtitutus. At contrarium tenent meritò Socin. jun. *in d. l. Centurio, num.* 266. *ff. de Vulgari*, & ibi Aquil. *in* 4. *p. num.* 162. Rimin. *in d. l. Precibus, num.* 282. & ibi Cognol. *num.* 206. Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 3. *num.* 17. *ad fin.* Trentacinq. *de Subſtitut p.* 4. *cap.* 11. *proximè ante numer.* 9. & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 242. *num.* 28. *& ſeq.* Ratio eſt primò, quia illa diſtinctio nullo jure fundatur: & licèt videatur habere quandam æquitatem, id non ſufficit, vt admitti debeat. Nam æquitas quæ jure non nititur tanquam ex capite Doctorum attendenda non eſt, *l. Placuit, Cod. de Iudic.* Barth. *in l.* 1. *Cod. de Legib.* & alij apud Fuſar. *ſupra* Secundò quia, illa diſtinctione admiſſa, videretur pupillus deceſsiſſe partim teſtatus, & partim inteſtatus, contra regul. *l. Ius noſtrum, ff. de Regul.* ſiquidem ſubſtitutus admitteretur ad partem bonorum pupilli ex teſtamento pupillari, & mater ad aliam partem ab inteſtato.

1060 Secunda limitatio eſt, vt non procedat quando ſubſtitutio eſſet facta in re certa: tunc enim in dicta Compendioſa verbis communibus factâ non continebitur Pupillaris, Barth. *in d. l. Centurio, num.* 33. *& infra, ff. de Vulgari.* & communis omnium ſententia, quam relatis pluribus tradunt Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt, lib.* 5. *tit.* 7. *ſub num.* 12.

aliàs

aliàs ſub num. 16. *verſ. Ampliùs dico, & lib.* 7. *tit.* 3. *numer.* 13. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 2. *num.* 17. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 54. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 241. *num.* 24. Fundamentum eſt, quia verbum commune adjectum certæ rei, vel quantitati, non trahitur ad vniuerſalem inſtitutionem, vel ſubſtitutionem directam, vt tenent omnes, & à nobis probatum eſt *diſp. præced. ſect.* 11. §. 3. *num.* 317. *& ſeq.* conſtatque ſatis per text. *in l. Lucius*, §. *Filiam*, *ff. de Leg.* 2. Ampliatur primò hæc limitatio etiamſi adeſſet clauſula, quòd diſpoſitio valeat omni meliori modo: Dec. Grauet. & alij, quos citant & ſequuntur Trentacinq. *dict. cap.* 2. *num.* 8. & Fuſar. *ſupra, num.* 26. Quia illa clauſula non operatur vltra intentionem teſtatoris. Ac præterea, quia ſolùm videtur adjecta ad ſuſtinendam diſpoſitionem, quæ aliàs nullo jure valere poteſt: in præſenti autem poteſt valere jure fideicommiſsi particularis. Ampliatur ſecundò, etiamſi ſubſtitutus eſſet cohęres pupilli, vt bene idem Trentacinq. & Fuſar. cum Romano, & alijs. Ampliatur tertiò, vt etiam procedat quando ſubſtitutio eſt facta in quota bonorum; quia talis quota cenſetur res certa, ſeu particularis. Et ita docent communiter DD. quos referunt, & ſequuntur Peregrin. *d. num.* 54. & Fuſar. *d. q.* 241. *num.* 57.

1061 Debet autem prædicta limitatio intelligi, niſi conſtet teſtatorem voluiſſe relinquere ipſam rem certam jure inſtitutionis, ſeu ſubſtitutionis directæ; quia voluntas teſtatoris prævalet cunctis verbis, & vbi de illa cõſtat, nulla poteſt eſſe dubitatio, quin verbum commune debeat accipi vt directum, & ſic directam ſubſtitutionem inducat. Atque ita ſentiunt omnes, inter quos plures conjecturas, ex quibus de tali voluntate conſtare poſsit, afferunt Mantic. *d. tit.* 7. *à num.* 13. *aliàs*, 17. Trentacinq. *d. cap.* 2. *à num.* 19. & Fuſar. *d. q.* 241. *à num.* 33. Breuiter illas perſtringam.

1062 Prima conjectura eſt, quando ſubſtitutio eſſet facta cum commemoratione ætatis pupillaris, vel cum temporum diſtinctione, vt cùm dictum eſſet, *Si deceſſerit in pupillari ætate, vel poſtea quandocumque, ſubſtituo Caium in tali prædio.* Hanc approbant plerique apud citatos DD. At illam reprobat Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 33. & cum multis alijs Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 55. Mantic. & Fuſar. *loco proximè citat.* Secunda eſt quando ſubſtitutio facta eſt in re certa, quæ aliquo modo poteſt dici uniuerſalis, vt ſi ſubſtituiſſet in bonis paternis, vel maternis. At hæc etiam à pluribus reprobatur apud Fuſar. *ſupra, num* 39. & meritò. Tertia eſt, quando filius eſſet inſtitutus in re certa pro ſua legitima, & talis res ipſam legitimam non excederet; quia cùm filius nequeat grauari in legitima, intelligetur potiùs facta ſubſtitutio Pupillaris, quàm Fideicommiſſaria, ne actus pereat. Sic docent multi apud Trentacinq. & Fuſar. *loco citat.* Sed hoc etiam à multis improbatur, niſi conſtet teſtatorem ipſi pupillo injunxiſſe onus reſtituendi rem: quia alioqui intelligetur voluiſſe grauare ejus heredes ab inteſtato, quod rectè facere potuiſſet pro caſu quo filius ante pubertatem decederet. Vnde autem poſsit conſtare, quòd teſtator onus reſtituendi injungere voluit ipſi pupillo? Videri poteſt apud Trentacinq. *num.* 21. Quarta eſt, quando filius fuiſſet inſtitutus in re certa, & poſtea facta eſſet ſubſtitutio ſimpliciter, ideſt non determinando ipſam rem certam. Sic cum multis alijs Trentacinq. *d. cap.* 2. *num.* 20. Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 57. & Fuſar. *d. q.* 241. *num.* 48. per text. *in cap. Si pater, de Teſtament. in* 6. vbi eſt caſus expreſſus. Quinta eſt, quando dicta Compendioſa eſſet facta cum clauſula, *Pleno jure*, ſed de hac conjectura non immeritò dubitatur. Vide Trentacinq. *ſupra num.* 26. & Fuſar. *numer.* 50. *& ſeq.* Sexta eſt, quando adjecta eſſet clauſula, *Vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum*: Trentacinq. *d. c.* 2. *num.* 19. Fuſar. *ſupra, num.* 52. & alij. Septima eſt, quando ſubſtitutus eſt alius filius teſtatoris: Trentacinq. *num.* 27. & Fuſar. *num.* 53. poſt Guid. Pap. Octaua

eſt, quando cum verbo communi eſt conjunctum verbum directum: vt ſi dictum eſt; *Subſtituo, & hæredem facio Titium in tali re.* Sic poſt alios Fuſar. *citat. numer.* 54. Qui tamen declarat hanc conjecturam non procedere quando verbum directum ſolùm eſſet appoſitum cauſâ demonſtrationis; vt ſi dictum eſſet; *Subſtituo in tali re Titium ſupra ſcriptum hæredem meum.*

1063 Tertia limitatio eſt, quando ſubſtitutio eſt facta in quota hæreditatis: nam tunc etiam non contineri Pupillarem, ſcribit Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 36. *ff. de Vulgari,* & poſt eum multi alij, quos citant & ſequuntur Trentacinq. *de Subſtitut. 4 p. cap. 2 numer.* 16. Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 53. & Fuſar. *d. q* 241. *num.* 55. Probatur primò, quia teſtator reſtringendo ſubſtitutionem ad quotam, cenſetur voluiſſe, vt ſubſtitutus ſolùm habeat eam quotam: non poteſt autem eam ſolam habere vt hæres; ne demus pupillum decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum: ergo habebit illam jure fideicommiſſi, non autem jure directæ Pupillaris. Secundò & principaliter, quia relictum quotę hæreditatis per verbum commune non trahitur ad inſtitutionem directam, quando reperitur alius inſtitutus hęres vniuerſalis, *l. His verbis, in princip. ff. de Hæred. inſtit.* hic autem eſt inſtitutus alius hæres vniuerſalis, nempe ipſe pupillus primò inſtitutus: ergo tale relictum non debet trahi ad inſtitutionem, ſeu Pupillarem directam. Aliqua etiam jura pro prædicta limitatione afferunt DD. citati; ſed illa reuerà non vrgent, ſicut nec prædictæ rationes. Quamobrem ego de hac limitatione dubito, vt etiam videtur dubitaſſe Sfort. Oddo apud Peregrin. *d. num.* 53. Vnde potiùs authoritate DD, quàm jure aut ratione videtur ſuſtinenda, cùm ſit communiter recepta, nec in contrarium aliquem reperiam Doctorem.

Illud tamen aduerte, quamuis dicta
1064 ſubſtitutio non trahatur ad Pupillarem; attamen reſolui in Vulgarem, ſi pupillus non adeat, vt bene aduertit Peregrin. *loc. citat.* & ratio diuerſitatis eſt, quia nullo exiſtente hærede vniuerſaliter inſtituto, nihil impedit quominus ſubſtitutus ex Vulgari admittatur ad totum: imò verò ita debet fieri, vt ſuſtineatur teſtamentum, & ne teſtator decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus: quando autem exiſtit hęres vniuerſalis, nempe ipſe pupillus inſtitutus, id ipſum obſtat ne ſubſtitutus in quota hæreditatis admittatur ad totum, vt ex dictis conſtat.

Aduerte prætereà prædictam limitati- 1065
onem intellige niſi tota hæreditas fuerit diuiſa per quotas; nam tunc Pupillaris contineretur: Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 36. & cum multis alijs Trentacinq. *d. cap.* 2. *num.* 15. Peregrin. *d. art.* 34 *numer.* 52. & Fuſar. *d. q.* 241. *num.* 56. Ratio eſt, quia diuidere totam hæreditatem in plures ſubſtitutos, idem eſt ac ſi vnus in tota ſubſtitueretur: nam portionum aſsignatio habet vim inſtitutionis, licèt non ſit dictum, *Hæres eſto, l.* 1. *§. Diuus, ff. de Hæred. inſtitut.* Vnde notant citati DD. quòd etiam continebitur Pupillaris in Compendioſa facta per verbum commune in quotis bonorum totam ſubſtantiam exhaurientibus: quia tunc etiam perinde habebitur talis ſubſtitutio, ac ſi vnus ſubſtitueretur in omnibus bonis: conſtat autem quòd verbum commune adjectum vniuerſitati bonorum, inducit inſtitutionem, vel ſubſtitutionem directam.

Quarta limitatio eſt, quando ſolùm ap- 1066
paret teſtatorem voluiſſe diſponere de ſuis bonis, vt ſi dixit; *Subſtituo in bonis meis:* vel, *Subſtituo mihi,* vel, *Volo vt bona mea,* vel, *Mea hæreditas, deueniat ad Titium,* aut ſimilia verba; tunc enim non contineri Pupillarem, ſed eſſe omni tempore Fideicommiſſariam, tenet communis ſententia, quam relatis pluribus tradunt Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *numer.* 12. *& ſeqq.* vbi etiam adducit aliquas deciſiones Rotæ, Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 54. *num.* 22. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 11. *numer.* 16. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 44. *& ſeq.* & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 241. *num.* 61. Ratio eſt,

eſt, quia per Pupillarem ſucceditur in bonis pupilli: ergo ſi ſolùm apparet ſubſtitutionem eſſe factam in bonis teſtatoris, talis ſubſtitutio non poteſt cenſeri Pupillaris, ſed tantùm Fideicommiſſaria, per quam teſtatori ſucceditur, non autem inſtituto, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari.*

1067 Non deſunt autem, qui contrarium teneant, vt apud citatos videre licet. Sed eorum ſententia nullo firmo nititur fundamento, & ſolùm admitti poteſt in aliquibus caſibus, in quibus prædicta communis juxta plures ejus Authores locum non habet: vt quando ſubſtitutio eſt facta cum expreſſa commemoratione ætatis pupillaris, vel cum dinumeratione ætatum, vt cùm dictum eſſet; *Si filius meus in pupillari ætate deceſſerit, vel poſtea quandocumque, deueniant bona mea ad Titium.* Item quando eſſet expreſsè facta in omnibus bonis teſtatoris, vt ſi teſtator dixit; *Subſtituo in omnibus bonis meis*: vel, *Omnia bona mea deueniant ad Titium*: quia ex ſola Fideicommiſſaria non caperet ſubſtitutus omnia bona teſtatoris, ſiquidem detrahenda ſaltem eſſet legitima filij. Item quando pupillus non haberet alia bona, idque notum eſſet teſtatori. In his enim caſibus Pupillarem contineri, ſentiunt multi quos præcitati referunt, præſertim Mantica & Fuſar. licèt non pauci etiam quoad vltimos duos caſus diſſentiant, vt Menoch. *ſupra, numer.* 24. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 11. *num.* 14. *fine*, & alij, quos referunt.

1068 Tertia concluſio, Compendioſa facta verbis communibus à pagano continet Fideicommiſſariam, procaſu quo directò valere non poteſt. Hæc eſt communis omnium ſententia, quam citatis multis tradunt Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 57. *num.* 1. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 67. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 246. *num.* 1. argum. text. *in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut. & in l. Centurio, ff. de de Vulgari*, & per text. *in cap. Raynutius de Teſtament.*

Ampliatur primò, vt procedat etiam quando in ſubſtitutione dictum eſſet, *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſubſtituo ei Titium:* nam tunc etiam poſt ætatem pupillarem erit Fideicommiſſaria, non obſtante dictione, *Ei*: Gloſ. *in §. Qua ratione, Inſtit. de Pupillari*, Emman. Coſta *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Obliqua, num.* 37. *de Teſtament. in* 6. Menoch. *d. lib.* 4. *præſumpt.* 66. *num.* 8. & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 243. *num.* 3. Contrarium tamen tenent non pauci apud eundem Fuſar. *num.* 4. exiſtimantes, quòd per illud, *Ei*, excluditur Fideicommiſſaria; cùm ex hoc non ſuccedatur pupillo inſtituto, ſed teſtatori, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari:* maximè verò procedit hæc contraria ſententia, quando dictū eſſet; *Succedat ei:* cùm per hæc verba manifeſtiùs appareat teſtatorem ſenſiſſe de Pupillari, per quam ſucceditur pupillo, & non de Fideicommiſſaria per quam ſucceditur teſtatori. Si dicas; ergo neque etiam in tali caſu continebitur Vulgaris; ſiquidem per eam etiam ſucceditur teſtatori. Reſpondetur ex Odd. *conſil.* 99. *num.* 65. negando illationem; quia per Vulgarem ſubrogatur ſubſtitutus in locum hæredis: & ideo rectè dicitur, quòd ei ſubſtituitur: per Fideicommiſſariam vero non fit propriè ſubrogatio loco hæredis; cùm illa ſupponat hæredem extitiſſe: & qui ſemel extitit hæres, non deſinit eſſe hæres, etiamſi ex fideicommiſſo hæreditatem reſtituat, vt notum eſt. Quare hæc ſententia eſt ſatis probabilis.

Ampliatur ſecundò, vt procedat etiam ſi verbo communi ſit adjunctum directum, vt ſi dictum ſit, *Inſtituo, & ſubſtituo Titium:* Barthol. *in l. Recuſare, §. Titius, in fine, ff. Ad Trebel.* & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 246. *num.* 6. Atque idem dicendum, quando verbo communi adjectum eſſet directum, quod poteſt ſtare & diſpoſitiuè, & demonſtratiuè, vt quando dictum eſſet; *Subſtituo Titium infra ſcriptum hæredem meum.* Nam tunc intelligeretur appoſitum eſſe verbum directum demonſtratiuè, & conſequenter ſubſtitutio cenſebitur facta 1070

tan-

tantùm per verbum commune. Sic Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 13. *numer.* 10. poſt Barth. quem refert, dicens quòd alij DD. eum communiter ſequuntur. Si tamen ſolùm eſſet dictum, *Subſtituo Titum hæredem*: vult idem Trentacinq. cum multis alijs, quòd tunc verbum, *Subſtituo*, regulabitur à verbo, *Hæredem*, quod eſt directum, & ſic cenſebitur ſubſtitutio facta per verbum directum. Vnde de illa judicandum erit, prout *ſupra* §. 4. de Compendioſa facta verbis directis à pagano dictum eſt.

1071 Limita verò prædictam concluſionem primò, vt non procedat quando ſubſtitutio impuberi expreſsè nuncupato eſt facta per verbum executiuum, vt ſi dictum eſt, *Filio meo impuberi ſuccedat*: quia tunc reſtringitur ſubſtitutio ad ætatem pupillarem, & continet Pupillarem intra eam ætatem, non verò Fideicommiſſariam pro tempore pubertatis; quia qualitas adjuncta verbo executiuo debet adeſſe tempore executionis, *l.* 3. *ff. de Auro & arg. leg. l. In delictis*, §. *Si extraneus, ff. de Noxal. & l. Titius, ff. de Milit. teſtament.* Atque ita cum Barth. & multis alijs docent Menoch. *d. præſumpt.* 57. *num.* 2. Trentacinq. *d. p.* 4. *cap.* 11. *numer.* 19. & Fuſar. *dict. quæſtion.* 246. *numer.* 12.

1072 Intellige verò hanc limitationem, niſi ſubſtitutio facta ſit, appoſita dictione, *Quandocumque*, vel conditione, *Si ſine liberis deceſſerit*, vel alijs verbis habentibus tractum temporis. Nam tunc etiam Fideicommiſſaria continebitur, & nomen, *Impuberi*, ſolùm ſtabit demonſtratiuè. Ita cum Barthol. & alijs Fuſar. *ſup. num.* 15.

1073 Præterea ſi vocabulo, *Impuberi*, adjectum ſit verbum diſpoſitiuum, vt, *Filio meo impuberi, ſi deceßerit abſque liberis, ſubſtituo Titium*, Fideicommiſſaria poſt pubertatem non excluditur; vt tenent omnes proximè citati: quia in hoc caſu vocabulum, *Impuberi*, non cenſetur appoſitum reſtrictiuè, ſed demonſtratiuè: nam in dubio verba intelliguntur potiùs demonſtratiuè appoſita; *l. Mella, in princip. ff. de Alim. & cibar. leg. l. vltim.* §. *Titia, ff. de Liber. legat. l. Quidam teſtamento, in princip. ff. Leg.* 1. Et procedit hoc, quanuis teſtator vnum tantùm filium habuerit, vt poſt alios bene docent Trentacinq. *ſup. verſ. Ego dico*, & Fuſar. *d. q.* 246. *num.* 17. quia tunc etiam bene intelligetur, quòd expreſsio impuberis facta ſit demonſtratiuè, etiam ſi parum, aut nihil opereretur; ad quòd facit *d. l. vlt.* §. *Titia, ff. de Liber. leg.*

1074 Si autem mentio ætatis pupillaris facta eſſet conditionaliter, vt, *Si filius meus impubes deceſſerit, ſubſtituo*: tunc dictio, *Impubes*, non ſtabit demonſtratiuè, ſed reſtrictiuè, ſeu limitatiuè, vt probat text. *in l. Cohæredi*, §. *Cum filiæ, ff. de Vulgari*, & ſic non continetur ibi Fideicommiſſaria poſt pubertatem, ob defectum conditionis, per quam diſpoſitio fuit reſtricta ad caſum, quo filius decederet impubes. Atque ita cum Bald. Alex. & alijs docent Trentacinq. *ſup. verſ. Tertius & vltimus*, & Fuſar. *d. q.* 246. *num.* 16.

1075 Limita ſecundo, vt non procedat quando verbo communi addita eſſet clauſula, *Pleno jure, eo ipſo, ipſo facto, integrè*, ſeu, *totaliter, liberè, illico, ſine mora*, vel alia ſimilis directam ſubſtitutionem denotans. Nam tunc non continebitur Fideicommiſſaria. Sic cum Baldo, Angelo, Aretino, Jaſ. Ripa Socin. jun. Alciato, Felino, Paul. Caſtr. & multis alijs Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 4. *fine*, & Fuſar. *d. q.* 246. *num.* 18.

1076 Limita tertiò, quando teſtator reſtrinxiſſet ſubſtitutionem ad Vulgarem, & Pupillarem, vt ſi dixit, *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſubſtituo vulgariter, & pupillariter Titium*: Odd. *conſil.* 95. *dub.* 1. & Fuſar. *d. q.* 246. *ſub numer.* 18. id verò intellige, niſi ſubſtitutio eſſet facta puberi, quia tunc Fideicommiſſaria intelligeretur, vt cum alijs notat idem Fuſar. licèt aliqui contradicant.

(:‡:)

§. 6. Quæ

§. 6. *Quæ ſubſtitutiones contineantur in Compendioſa verbis obliquis à pagano factâ?*

SVMMARIVM.

IN *Compendioſa verbis obliquis à pagano factâ non continetur Vulgaris; numer.* 1077. *Limita, niſi dictum eßet;* Vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum reſtituat, *vel niſi facta eßet expreßè in caſum Vulgaris; aut per verbum obliquum relatum ad ipſum teſtatorem, vt ſi dixit;* Reſtituo hæreditatem Titio; *num.* 1078.

In Compendioſa facta verbis obliquis à pagano non continetur Pupillaris, numer. 1079.

Ampliatur primò prædicta reſolutio, etiamſi in ipſa ſubſtitutione facta ſit mentio ætatis pupillaris; num. 1080.

Ampliatur ſecundò, etiamſi ſubſtituta ſit cauſa pia; num. 1081.

Limitatur, vt non procedat quando conſtiterit teſtatorem voluiſſe, vt Pupillaris contineretur; num. 1082.

Quando per Compendioſam verbo obliquo factam ſubſtituti eßent pauperes, his verbis; Si filius meus deceſſerit ſine liberis, *vel,* Quandocumque filius meus deceſſerit, volo vt bona mea pauperibus diſtribuantur per commiſſarios meos: *an in tali ſubſtitutione contineatur Pupillaris? Prima ſententia affirmat; numer.* 1083. *& ſeq. Secunda probabiliùs negat, tenens eam ſubſtitutionem eſſe omni tempore Fideicommiſſariam; num.* 1085. *& ſeq. Soluuntur fundamenta primæ ſententiæ; numer.* 1087. *Limitatur prædicta ſecunda opinio, vt non procedat ſi teſtator dixit;* Se velle bona ſua diſtribui abſque vlla diminutione, *vel,* omnia ſua bona, *vel,* totam ſuam hæreditatem, *aut quid ſimile; num.* 1088.

Si dicta prima ſententia magis placeat, amplianda eſt primò, vt procedat licèt mater pupilli ſit im medio; num. 1089. *Secundò, vt etiam procedat quando teſtator dixißet;* Si filius meus ſine liberis deceſſerit, volo vt bona mea vendantur, & pretium eorum diſtribuatur inter pauperes per commiſſarios meos; *num.* 1090.

Quando pauperes ita ſunt ſubſtituti per verbum obliquum, vt ſola eorum electio commißa ſit executoribus teſtamẽti, non continetur Pupillaris in tali ſubſtitutione; num. 1091.

Quando per Compendioſam verbo obliquo factam ſubſtituti ſunt pauperes, nulla facta mentione executorum, vt cùm dictum eſſet; Si filius meus abſque liberis deceſſerit, volo vt bona mea vendantur, & pretium diſtribuatur pauperibus: *ſentiunt aliqui contineri in ea Pupillarem; num.* 1092. *At cõtraria ſententia eſt communis; num.* 1093.

Quam poteſtatem habeat Epiſcopus ad exequendas vltimas voluntates, quibus aliquid pauperibus relinquitur? eodem num. 1093.

Quando teſtator per Compendioſam verbo obliquo factam, expreſsè diſpoſuit, vt etiam bona filij diſtribuerentur pauperibus, in tali ſubſtitutione continetur Pupillaris, non directa, ſed Fideicommiſſaria; num. 1094.

IN hac ſubſtitutione contineri Fidei- 1077
commiſſariam, certiſsimum & citra controuerſiam eſt. Quare ſolùm de Vulgari, & Pupillari dubitatur, vtrùm in illa etiam contineantur? Quod ergo attinet ad Vulgarem, reſolutio communiter recepta eſt, non contineri in Compendioſa facta verbis obliquis à pagano. Ita docent Barthol *in l. Centurio, numer.* 32. *ff. de Vulgari*, & ibi Jaſ. *ſub num.* 55. Ripa *num.* 101. Galliaula *num.* 421. Socin. jun. *num.* 274. & alij, Jaſ. *in l.* 1. *ff. eod.* Curt. jun. *in l. Precibus, num.* 48. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* multique alij, quos citant & ſequuntur Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 58. *num.* 3. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *num.* 2. & Pere-

Peregr. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 61. licèt contrarium tenuerint Ruin. Decius, & Sforc. Odd. quos refert, & refellit Peregrin. *citat.* Probatur per text. *in l. Ille à quo, §. Si de teſtamento, ff. Ad Trebel.* vbi ſi is, qui rogatus eſt reſtituere, decedat ante aditam hæreditatem, nihil conſequitur ſubſtitutus. Ratio verò eſt, quia per verba obliqua grauatur inſtitutus reſtituere ſubſtituto; & ſic ſubſtitutio per talia verba facta confertur in caſum poſt aditam hæreditatem; cùm reſtitutio non niſi poſt aditam fieri poſsit, *l. Cogi, ff. Ad Trebel.* ſubſtitutio autem, quæ ſolùm confertur in caſum poſt aditam, non continet Vulgarem, vt eſt notiſsimum; cùm Vulgaris non niſi in caſu non aditę locum habeat: & poſt aditam expiret, *l. Poſt aditam, C. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Nec refert quòd ſubſtitutio ſit facta per aduerbium, *Quandocumque*, quia licèt ſit vniuerſale, & de ſe referatur ad omne tempus, tamen determinatur, & reſtringitur per verbum obliquum, & ſolùm reſpicit tempus, quo poſt aditam hæreditatem inſtitutus deceſſerit, vt bene declarat Trentacinq. *citat. verſ. Verbum, Quandocumque.*

1078 Hæc autem reſolutio limitatur primò,
vt non procedat quando dictum eſſet, *Vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum reſtituat*: Menoch. *d. præſumpt.* 58. *num.* 4. Trentacinq. *d cap.* 10. *num.* 3. & Pegrin. *d. art.* 34. *num.* 62. poſt alios, quos referunt. Limitatur ſecundò, quando ſubſtitutio eſſet facta expreſsè in caſum Vulgaris, vt ſi dictum eſſet, *Quãdocumque hæres non erit, vel erit, & poſtea deceſſerit, reſtituat*: nam tunc etiam continebit Vulgarem, vt ijdem DD. tradunt. Et ratio vtriuſque limitationis eſt, quia ex talibus verbis conſtat teſtatorem voluiſſe ſubſtituere tam in caſum aditæ, quàm non aditæ hæreditatis, & ſic voluiſſe etiam ſubſtituere directò per Vulgarem; quæ proinde admittenda eſt, nihil obſtante verbo obliquo, *Reſtituat*, quia hujuſmodi verba ex teſtatoris voluntate directantur, *l. Quærebatur*, & ibi Barth. *ff. de Milit. teſtam.* Limitatur tertiò, quando ſubſtitutio eſſet facta per verbum obliquum, relatum ad ipſum teſtatorem: vt ſi dixit; *Quandocumque filius meus deceſſerit, reſtituo hæreditatem meam Titio*: Bald. *in l. Humanitatis, ſub numer.* 53. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Seuerin. *in l. Precibus, num.* 41. *ad fin. ff. eod.* Mantic. *lib.* 7. *de Conjectur. tit.* 7. *num.* 23. & Peregrin. *ſupra.* Ratio eſt, quia tunc ipſe teſtator manu ſua immediatè hæreditatem confert, & non per miniſterium alterius: & ſic eſt ſubſtitutio directa, & Vulgaris.

Deinde quoad Pupillarem communis 1079
etiam reſolutio eſt, eam non contineri in Compendioſa verbis obliquis à pagano factâ. Sic Barth. *in d. l. Centurio, num.* 20. *ff. de Vulgari*, quem cęteri, tum ibi, tùm alibi communiter ſequuntur, vt relatis pluribus teſtantur eandem tenentes ſententiam Trentacinq. *de Subſtit. p.* 4. *cap.* 10. *num.* 5. & Peregrin. *de Fideicom. art.* 34. *num.* 63. Probatur per text. *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari*: & ratio eſt, quia vt Pupillaris contineatur, debent verba illi conuenire, *cap. Si pater, de Teſtament. in* 6. verba autem obliqua, quibus hæreditas teſtatoris reſtitui jubetur, non conueniunt Pupillari, per quam immediatè ac directè ſucceditur in hæreditate pupilli, *l. Sed ſi plures, §. Filio, ff. de Vulgari.*

Ampliatur primò hæc reſolutio, vt 1080
procedat etiamſi in ipſa ſubſtitutione facta eſſet mentio ætatis pupillaris, vt ſi dictum eſſet; *Si filius meus in pupillari ætate deceſſerit*, vel, *poſtea, quandocumque, reſtituat*, &c. Ita cum alijs Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *numer.* 22. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 58. *num.* 7. Fuſar. *de Subſtit. q.* 243. *num.* 4. Trentacinq. & Peregrin. *loco proximè citat.* per textum expreſſum *in d. l. Cohæredi, §. Cum filiæ*, ibi: *Quòd ſi hæredem filium pater rogauerit, ſi impubes diem ſuum obierit*, &c. *ff. de Vulgari.* Idque planè ſuadet ratio pro ipſa principali reſolutione adducta.

Ampliatur ſecundò, vt procedat quan- 1081
uis ſubſtituta ſit cauſa pia, vt expreſsè notant Peregrin. *d. art.* 34. *numer.* 63. *prope fin.*

Digitized by Google

fin. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 243. *num.* 6. & idem ſentiunt Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 23. *ff. de Vulgari*, multique alij, quos citat & ſequitur Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 10. *num.* 8. quatenus docent, quòd quando per Compendioſam verbis obliquis ſubſtituti ſunt pauperes, dicente teſtatore; *Si filius meus ſine liberis deceſſerit, bona mea dentur pauperibus*, non continetur Pupillaris, ſed tantùm Fideicommiſſaria. Ratio eſt, quia verba obliqua non conueniunt directæ ſubſtitutioni, ſed tantùm Fideicommiſſariæ; fauor autem piæ cauſæ contra vim verborum mentem teſtatoris declarantium extendi non debet. Illud tamen aduerte, quòd licèt cauſa pia ſolùm per Fideicommiſſariam ſubſtituta ſit, talis ſubſtitutio non peribit quamuis hæreditas adita non ſit; vt notat Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 61. *fine*, & conſtat ſatis ex traditis *ſup. diſp.* 2. *ſect.* 9. §. 5. *num.* 360. *& ſeqq.*

1082 Limitatur verò dicta principalis reſolutio, vt non procedat quando conſtiterit teſtatorem voluiſſe vt Pupillaris contineretur, vt quando dixiſſet; *Si filius meus ſine liberis deceſſerit, volo vt reſtituat Titio hæreditatem vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum*, Barthol. Bald. & Angel. *in l. Quærebatur, ff. de Milit. teſtam.* Mantic. *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 5. *tit.* 17. *num.* 17. *aliàs in nouis edit. numer.* 21. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 58. *num.* 9. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 10. *num.* 6. Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 63. *fine*, & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 243. *numer.* 10. Quia quando conſtat de voluntate teſtatoris, verbum obliquum trahitur ad directum, vt per text. *in d. l. Quærebatur*, probat Barthol. *ibi num.* 3. Aduertit autem Mantic. *loco citat.* hoc eſſe intelligendum, quando præciſè talis voluntas apparet, vel quando non poteſt aliter interpretari, vt cùm teſtator dixiſſet; *Reſtituat Caio, quem pupillariter ſubſtituo.* Quod etiam tradit Gallus *de Except. ſucceſſ. tit* 4. *except.* 22. *num.* 141. & Fuſar. *d. q.* 243. *num.* 13.

Quid dicendum ſit, quando pauperes 1083
Chriſti verbo obliquo ſubſtituti eſſent? Grauis eſt diſceptatio, in qua nonnulli caſus diſtinguuntur. Primus eſt, quando teſtator fecit mentionem executorum, ſeu Commiſſariorum, per quos bona inter ipſos pauperes diſtribuerentur, vt ſi dixit; *Si filius meus ſine liberis deceſſerit*, vel, *Quandocumque filius meus deceſſerit, volo*, vt *bona mea pauperibus diſtribuantur per Commiſſarios meos.* In quo caſu duæ ſunt ſententię oppoſitę. Prima tenet, contineri ibi Pupillarem. Sic Barthol. *in d. l. Centurio, ſub num.* 21. *ff. de Vulgari*, & ibi Angel. *num.* 6. Aret. *num.* 8. Alex. *num.* 78. Iaſ. *num.* 38 Galliaula *num.* 352. Zaſ. *num* 42. & alij, Barth. *in l. Fundi Trebatiani, ff. de Vſufruct. legato*, Corn. *in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtit. num* 137. *verſ. Si verò*, Bald. *in d. l. Hæreditas ex die, ff. de Hæred. inſtit.* Aret. *in* §. *vlt. Inſtit. de Pupillari*, Francus *in cap. Si pater, col.* 42. *verſ. Tertiò quæro, de Teſtam. in* 6. Sforc. Odd. *de Compendioſa, p.* 1. *q.* 3. *tit. de Compendioſa à pagano factâ, art.* 2. *num.* 20. vbi plures refert, Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 34. *num.* 64. & alij permulti, quos congerunt Trentacinq. & Fuſar. *infra citandi.*

Probatur primò, quia in propoſito 1084
caſu intelligitur quòd teſtator voluit, vt executores priùs accipiant bona, & deinde illa diſtribuant: vnde ſubauditur ibi verbum, *Accipiant*, quòd eſt directum, & quando refertur ad vniuerſitatem bonorum trahitur ad Pupillarem directam, vt per text. *in cap.* 1. *de Teſtament. in* 6. *& in l. His verbis, in princip. ff. de Hæred. inſtitut.* Barthol. *in l. Alio, numer.* 6. *ff. de Alim. & cibar. leg.* Bald. *conſil.* 120. *numer.* 1. *lib.* 2. & alij. Nec refert, quòd tantùm ſubaudiatur: nam quod ſubauditur, eoſdem effectus operatur, acſi eſſet expreſſum, ad not. per Peregrin. *articul.* 11. *numer.* 26. *&* 29. Secundò, quia quando non eſt inſtitutus alius hæres, tales executores habentur loco hæredum, vt per tex. *in cap. Cum tibi,*

de Teſtament. docent communiter DD. Ergo quando teſtator ſubſtituens filio impuberi non dat alium hæredem, videtur velle vt executores ſint hæredes, & ſic facere Pupillarem directam. Tertiò denique quia in dubio ſubſtitutio cenſetur potiùs directa, vt eſt communis DD. per text. *in d. cap.* 1. *de Teſtam in* 6. & declarat bene Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 1. *num.* 3. *& ſeq.*

1085 Nihilominus contrariam ſententiam, quòd talis ſubſtitutio eſt omni tempore Fideicommiſſaria, tenent probabiliùs Bald. *in l. Precibus, num.* 45. *& ſeq Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Paul. de Caſtr. *num.* 14. Coraſ. *num.* 71. & Salic. *col.* 11. *verſ. Quæro nunc*; idem Bald. *in l. Siquis ad declinandam, num.* 7. *Cod. de Epiſc. & cler.* Imola *in l. Centurio, numer.* 20. *&* 22. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *numer.* 105. *in fine*, vbi teſtatur de communi, Socin. jun. *numer.* 244. *& ſeq.* & Cephal. *num.* 802. vbi dicit, hanc eſſe magis communem, Imola *in cap. Cum tibi, de Teſtament.* & ibi Card. Barbat. & Francus, idem Imola *in cap. Raynutius, de Teſtament.* Polit. *de Subſtitut. tit. de Compendioſa, numer.* 28. Ceual. *in Spec. com. cont. com. q.* 482. & multi alij, quos citant & ſequuntur Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 10. *numer.* 7. *poſt med. & ſeq.* & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 244. *numer.* 9. *& ſeq.*

1086 Fundamentum eſt primò, quia dicta ſubſtitutio eſt facta per verba, *Dentur*, vel, *Diſtribuantur*, quæ ſunt obliqua, & ſolùm inducunt fideicommiſſum. Nec obſtat quòd bonorum diſtributio committatur executoribus: quia tales executores neque vocantur vt hæredes, cùm teſtator ſatis ſibi prouiderit de hærede, filium ſuum inſtituendo, neque vt ſubſtituti, quia non vocantur vt ſibi aliquid acquirant, ſed ſolùm in euentu quo filius decedat abſque liberis, eligant pauperes, quibus bona diſtribuant: vnde mors filij non purificat conditionem reſpectu illorum ad hoc vt ſuccedant, ſed ad hoc vt exequantur teſtatoris diſpoſitionem dictis verbis obliquis factam. Secundò, quia teſtator in propoſito caſu diſpoſuit tantū de bonis ſuis: per Pupillarem autem fit diſpoſitio de bonis filij, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulg. Inſt. de Pupillari, in princ.* Ergo in ea diſpoſitione non continetur Pupillaris. Quòd ſi dicas, verba illa, *Bona mea*, non obſtare quominus ſubſtitutio ſit Pupillaris, argum. *l. Si ita, §. Qui filio, ff. de Bon poſſeſſ. ſecund. tab.* & ad not. *ſect.* 3. *hujus diſp. §.* 3. *numer.* 473. *cum ſeqq.* Reſpondetur id procedere quando ſubſtitutio eſt facta ſub expreſſa conditione, *Si filius deceſſerit in pupillari ætate:* quia talis expreſſio indicat ſufficienter teſtatorem voluiſſe filio prouidere per Pupillarem. In præſenti autem loquimur de ſubſtitutione, in qua illa conditio non exprimitur: & non negamus, imò verò libenter admittimus, quòd ſi talis conditio exprimeretur, Pupillarem induceret; vt in ſpecie, relatis alijs, docent bene Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *numer.* 8. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 34. *num.* 44. Trentacinq. *d. cap.* 10 *ante numer.* 8. & Fuſar. *d. q.* 244. *num.* 38. licèt multi etiam refragentur, vt apud Mantic. Trentac. *n.* 11. & Fuſar. *n.* 36. videri poteſt.

Neque argumenta primæ ſententiæ vrgent. 1087 Ad primum enim, omiſſis alijs reſponſionibus, quas affert Trentac. *vbi ſup. num.* 7. negamus debere in caſu propoſito ſubaudiri verbum directum, *Accipiant*, ſiquidem rectè poteſt ſubintelligi, quòd executores ab hærede petant, vel quòd accipiant de manu hæredis: & hoc potiùs ſubaudiendum eſt, tum ob verba obliqua in ipſa ſubſtitutione expreſſa, quæ ſolùm denotant Fideicommiſſariam: tum etiam ob verba relata ad bona teſtatoris, quæ Pupillari non conueniunt. Ita cum Socin. jun. & alijs reſpondet Fuſar. *d. q.* 244. *num.* 3. Ad ſecundum reſpondetur ex illo *cap. Cum tibi*, ſolùm haberi, quòd executores teſtamenti ad pias cauſas tenent locum hæredis, quando nullus alius hæres eſt inſtitutus: in noſtro autem caſu eſt inſtitutus filius: & ipſe cenſetur grauatus, vt poſt

mor-

mortem ſuam per hæredes ſuos det illa bona executoribus, vt illa diſtribuant: nam relictum ab executoribus cenſetur relictum ab hærede inſtituto, juxta Gloſ. *in l. Alio*, & ibi Barthol. *ff. de Alim. & cibar. leg.* Ad tertium denique reſpondetur, aſſumptum procedere quando verba poſſunt conuenire tam directæ, quàm indirectæ ſubſtitutioni, & ſic quando verba ſunt dubia: in noſtro autem caſu verba ſolùm poſſunt conuenire ſubſtitutioni indirectæ, ſeu Fideicommiſſariç, cùm ſint verba obliqua, *Dentur, & Diſtribuantur*, &c.

1088 Limitatur autem prędicta opinio, vt non procedat quando teſtator dixit ſe velle, bona ſua diſtribui, *Abſque vlla diminutione*, vel, *omnia ſua bona*, vel, *totam ſuam hæreditatem*, aut ſimilia verba, quibus ſufficienter declarauit, ſe velle vt omnia prorſus bona ſua pauperibus erogarentur. Quia niſi Pupillaris contineretur, poſſet detrahi ſaltem legitima filij: ſic cum alijs limitat Fuſar. *d. quæſt.* 224. *num.* 39. & faciunt notata *§. præced. numer.* 1067. *ad med.* Sed neque in hoc caſu deſunt contradictores, ut apud eundem Fuſar. videri poteſt, qui alias etiam limitationes adducit.

1089 Si verò teneamus primam opinionem, quæ reuerà eſt communior, amplianda eſt primò, vt procedat licèt mater pupilli ſit in medio: Barthol. *in dict. l. Centurio, ſub numer.* 21. *ff. de Vulgari*, & ibi cæteri communiter, Bald. *de Subſtitut. tit. de Compendioſa, num.* 14. Odd. *de Compend. p.* 5. *quæſt.* 3. *tit. de Compendioſa à pagano factâ, art.* 2. *numer.* 15. *fine*, Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *numer.* 64. & cum alijs Fuſar. *dict. quæſt.* 244. *numer.* 12. Ratio eſt, quia licèt communiter hebeatur, quòd tacita Pupillaris non excludit matrem, vt latè agendo de Pupillari explicuimus, id ſolùm procedit de tacita, quæ ex præſumptione legis continetur in Vulgari expreſſa: in præſenti autem continetur Pupillaris ex conjectura voluntatis ipſius teſtatoris, in ejus verbis fundatâ, & hæc etiam contra matrem admittitur: Gloſ. *in l. Precibus, verb. Omnimodò, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut. & in l. In teſtamento, fine, Cod. de Teſtament. milit.* & diximus *ſupra, ſect.* 3. *hujus diſput.* §. 16. *num.* 695.

Amplianda eſt ſecundò, vt etiam procedat quando teſtator dixiſſet; *Si filius meus ſine liberis deceſſerit, volo quòd bona mea vendantur, & pretium eorum diſtribuatur inter pauperes per Commiſſarios meos.* Sic Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 24. & alij *ibidem* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, p.* 2. *verſ. Si abſque liberis*, 2. *tit. de Compendioſa, numer.* 56. *de Teſtament.* Peregr. *de Fideicommiſ. art.* 34. *numer.* 64. & Odd. *dict. art.* 2. *numer.* 19. licèt diſſentiant cum alijs Trentacinq. *dict. cap.* 10. *numer.* 9. *verſ. Retenta*, & Fuſar. *d. quæſt.* 244. *num.* 17. Ratio eſt, quia etiam in hoc caſu ſubauditur, quòd executores accipiant bona, vt ea vendant & pretium diſtribuant: verbum autem, *Accipiant*, cùm ſit directum, & adjungatur vniuerſitati bonorum, inducit Pupillarem directam, juxta prædictam primam ſententiam, in qua loquimur. Nec dicas, quòd in hoc caſu venditio bonorum non committitur executoribus, ſed tantùm diſtributio pretij, proindeque non ſubaudiri quòd accipiant bona teſtatoris, ſed ſolùm pretium, & ita ceſſare fundamentum prædictæ ſententię principalis. Hoc, inquam, non dicas, nam cùm eodem contextu dicatur, quòd bona vendantur, & diſtribuantur per executores, intelligitur vtrumque committi executoribus: quia per verba vltimò poſita determinatur vtrumque præcedens, *l. Mulieri, & Titio, ff. de Condit. & demonſtr.* & patet ex ipſis terminis. 1090

Secundus caſus eſt, quando ſola electio pauperum committitur executoribus, vt cùm dictum eſt; *Si filius meus deceſſerit abſque liberis, volo vt bona mea vendantur, & diſtribuantur pauperibus, quorum electio fiat per Commiſſarios meos.* In hoc caſu communis ſententia eſt, Pupillarem non contineri. Sic Barth. *in d. l. Centurio, numer.* 25 *ff. de Vulgari*, & ibi 1091

KK 2 Alex.

Alex. *num.* 74. Iaſ. *num.* 42. Zaſ. *numer.* 43. Galliaula *num.* 311. Ripa *num.* 113. & Cephal. *numer.* 867. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 10. *num.* 9. & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 244. *numer.* 22. Ratio eſt, quia cùm ſola electio executoribus committatur, ſit planum, quòd venditio, & diſtributio bonorum injungitur hæredibus, & ad eos pertinet vt grauatus fideicommiſſo reſpectu pauperum. Sunt qui etiam in hoc caſu velint contineri Pupillarem, vt Bald. Imola, Odd. & alij, quos refert Fuſar. *ſupra num.* 27. At valde infirmis nituntur fundamentis, vt apud eundem Fuſarium videri poteſt.

1092 Tertius caſus eſt, quando nulla eſt facta mentio executorum, vt cùm dictum eſſet; *Si filius meus abſque liberis deceſſerit, volo quòd bona mea vendantur, & pretium diſtribuatur pauperibus.* In hoc caſu aliqui ſentiunt contineri Pupillarem; quia cùm executio talium relictorum ex juris diſpoſitione pertineat ad Epiſcopum, etiam contra voluntatem defuncti, *§. Siquis autem, Auth. de Eccleſiaſtitit.* videtur ſubaudiendum in propoſito caſu, quòd Epiſcopus accipiat bona, & illa vendat, ac diſtribuat: vnde cùm verbum, *Accipiat*, ſit directum, inducet Pupillarem directam ad ſupradicta *num.* 1084. Ita ſentiunt Socin. jun. *in d. l. Centurio, numer.* 248. Cephal. *ibid. numer.* 851. & Odd. *dict. art.* 2. *num.* 16.

1093 At contraria ſententia eſt communis, quam tenent Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 23. *ff. de Vulgari*, & ibi Angel. *numer.* 5. Alex. *numer.* 84. Iaſ. *numer.* 41. Ripa *numer.* 111. Zaſ. *numer.* 42. Galliaula *numer.* 347. & Alciat. *numer.* 75. Bald. *in l. Siquis ad declinandam, Cod. de Epiſc. & cleric.* Paul. de Caſtr. *in l. Precibus, numer.* 17. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Corn. *numer.* 137. Peregrin. *dict. art.* 64 *ad fin.* & cum multis alijs Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 10. *numer.* 8. & Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 244. *numer.* 18. Ratio eſt, quia ſubſtitutio eſt facta verbis obliquis, quæ ſolùm inſeruiunt Fideicommiſſariæ: & quanuis Epiſcopus ſit executor talium relictorum ex juris diſpoſitione, & ſic habeat eandem poteſtatem, quam Commiſſarij ſcripti in teſtamento, habeaturque loco hæredum, juxta *d. l. Siquis ad declinandam, Cod. de Epiſcop. & cleric.* attamen in hac ipſa l. Non ei tribuitur, quòd ſit loco hæredis, niſi quando pauperes ſunt inſtituti: ſi autem pauperes ſolùm vocati ſint per fideicommiſſum, talem locum tenere non poteſt; ſed ſolùm ei competit actio ex fideicommiſſo ipſis pauperibus relicto: non enim maius jus ei competere poteſt, quàm competat ipſis pauperibus, quorum locum tenet, & quorum nomine agit, argum. *l. Qui in aliena, §. Interdum, ff. de Acquir. hæredit.* & talis hęres quis haberi debet, qualis eſt is per quem efficitur hæres, *l. Cum filiofamil. ff. de Leg.* 1. Neque in Epiſcopo poteſt ita facilè intelligi, quòd teſtator voluerit ei dare poteſtatem, vt bona accipiat propria authoritate, ſicut intelligi poteſt in Cõmiſſarijs à teſtatore nominatis: cùm eo ipſo quòd teſtator eos nominauit, plenam poteſtatem eis dediſſe videatur ad bona capienda, & diſtribuenda.

Quartus caſus eſt, quando teſtator expreſsè diſpoſuit, quòd etiam bona filij diſtribuerentur inter pauperes. In hoc caſu conueniunt ferè omnes, Pupillarem contineri: Ripa *in d. l. Centurio, numer.* 106. *ff. de Vulgari*, & ibi Cephal. *numer.* 838. qui dicit ita omnes communiter tenere. Odd. *de Compendioſa, p.* 5. *quæſt.* 3. *tit. de Compendioſa à pagano factâ, art.* 2. *numer.* 14. vbi ait, ita omnes vno ore tenere; Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4 *cap.* 10. *numer.* 10. & cum multis alijs Fuſar. *dict. quæſtion.* 244. *numer.* 32. Ratio eſt, quia teſtator non poteſt diſponere de bonis filij, niſi per Pupillarem: vnde ſi de illis diſpoſuit, planè colligitur voluiſſe facere Pupillarem. Cæterùm ego dicerem contineri quidem in hoc caſu Pupillarem, ſed non directam; nam verba obliqua ex vi ſuæ ſignificationis ſolùm inducunt Fideicommiſſariã; & nunquã trahuntur ad directã, 1094

niſi

niſi neceſsitas vrgeat: in præſenti autem nulla talis eſt neceſsitas; quia pater non ſolùm per Pupillarem directam, ſed etiaam per indirectam ſeu Fideicommiſſariam diſponere poteſt de bonis filij ante pubertatem decedentis: vnde ſi diſpoſuit per verba obliqua, vt in præſenti caſu, non eſt neceſſe quòd intelligatur diſpoſuiſſe per directam Pupillarem, cùm poſſit intelligi de Fideicommiſſaria, & hæc tantùm ejus verbis conueniat. Atque ita fortaſſe ſenſit Bald. *conſil. 296. lib. 5.* vbi eum ſtare contra prædictam communem, teſtantur Trentacinq. & Fuſar. *citat.*

§. 7. *Quomodo intelligenda ſit Compendioſa facta verbis directis, & cõmunibus ſimul; vel ſimul directis, & obliquis; vel communibus ſimul, & obliquis?*

SVMMARIVM.

QVando Compendioſa facta eſt verbis diuerſæ rationis, vt directo ſimul & communi reſpectu ejuſdem ſubſtituti, quodlibet illorũ verborum ſuum operatur effectum: & quomodo id intelligatur? num. 1095.

*Vtrum in prædicto caſu in electione ſubſtituti ſit ſuccedere ex quacumque ſubſtitutione per illud duplex verbum inductâ? Reſpondetur affirmatiuè, & declaratur quomodo id fiat; num.*1096. *Et quo fundamento? num.* 1097.

Proponitur, & fundatur contraria ſententia, quæ cenſetur probabilis: ejus tamen fundamentum conuellitur, & ſuſtinetur ſuperior ſententia communis; num. 1098. *& ſeqq.*

Prædicta communis ſententia procedit, quocumque modo dicta verba diuerſa complicata ſint in ſubſtitutione; numer. 1101.

Quando in ſubſtitutione appoſita eſt clauſula, Quòd valeat vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, *datur electio ſubſtituto, vt ſuccedat ex qua voluerit ſubſtitutione, & quomodo hæc electio intelligenda ſit; num.* 1102.

Quoties verbum poſitum in diſpoſitione poteſt accipi dupliciter, tum vt operetur pro certo aliquo tempore, tum vt operetur pro omni tempore; quomodo accipi debeat? num. 1103.

Quando vnus eſt ſubſtitutus per verbum directum ciuile, & alius per verbum commune, quando vterque ſuccedat? num. 1104. *& ſeq.*

Quando vnus per verbum directum ciuile, & alter per obliquum ſubſtitutus eſt, quomodo ſuccedant? num. 1106.

Quando vnus ſubſtitutus eſt per verbum commune, & alter per obliquum, quomodo ſuccedant? numer. 1107. *& ſeqq.*

Quando vnus eſt ſubſtitutus per verbum commune, & alij vocantur per verbum, Lego, *quomodo ſuccedant? Reſpondetur diſtinguendo duos caſus; numer.* 110. *& ſeq.*

DVo principales caſus in hac quæſtione diſtingui ſolent. Primus eſt quando diuerſa verba ſunt appoſita reſpectu ejuſdem ſubſtituti, vt ſi dictum eſſet; *Subſtituo, & facio hæredem Caium.* Secundus eſt, quando ſunt appoſita reſpectu diuerſorum, vt ſi teſtator diceret; *Sit hæres Caius in dimidia parte hæreditatis, & in alia dimidia ſuccedat Titius.*

Circa primum caſum, duplex in præ- 1095
ſenti eſt dubitatio. Prima eſt, vtrùm quodlibet ex illis verbis ſuum effectum operetur? Et communis reſolutio eſt affirmatiua, quam poſt Barthol. & multos alios, quos referunt, tradunt Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap. 13. ſub num.* 1. & Peregrin. *de Fideicom. art.* 34 *numer.* 8. licèt contrarium teneant Polit. *de Subſt. tit. de Compendioſa, ſub num.* 4. & Zaſ. *de Subſtit. cap. 5. num.* 27. quando ſimul eſt appoſitum verbum directum, & commune. Probatur primò, quia in diſpoſitione teſtatoris nullũ verbũ cenſeri debet

Digitized by Google

otioſum, aut ſuperfluum, *l. Si quando, ff. de Leg.* 1. Secundo, quia quando teſtator diceret; *Subſtituo, & facio hæredem Caium*, verbum, *Subſtituo*, quod eſt commune, & aptum ad ſubſtitutionem directam, & indirectam ſeu Fideicommiſſariam, determinatur ratione verbi directi ſimul appoſiti ad denotandam Fideicommiſſariam: nam quando vocabulum genericum ponitur contradiſtinctè ſimul cum ſpecifico, accipitur determinatè pro ſpecie diuerſa ab ea, quam vocabulum ſpecificum ſignificat, vt ſi aliquis dicat; *In hac domo eſt animal, & homo*, nomen, *Animal*, quod eſt genericum & commune ad hominem, & brutum, determinatur ad ſignificandum brutum, & eſt ſenſus; in hac domo eſſe brutum, & hominem: ergo verbum, *Subſtituo*, in caſu propoſito denotabit, & inducet Fideicommiſſariam, & verbum directum operabitur directam. Atque idem cum proportione dicendum, quando ſimul fuerit appoſitum verbum commune, & obliquum; & à fortiori quando verbum directum, & obliquum.

Secunda dubitatio eſt, vtrùm in elec-
1096 tione ſubſtituti ſit ſuccedere ex quacumque ſubſtitutione per illud duplex verbum inductâ; vt ſi ſubſtitutio facta ſit verbo directo, & communi, aut obliquo, & inſtitutus nolit adire, an tunc poſſit ſubſtitutus ſuccedere ex Vulgari; vel ſi malit, cogere illum vt adeat, & ſuccedere ex Fideicommiſſaria? Reſpondetur affirmatiuè, cum communi ſententia, quam tenent Barth. *in l. Centurio, num.* 38. *ff. de Vulgari*, & ibi Aret. *numer.* 16. Imola *num.* 24. Alex. *num.* 95. Iaſ. *numer.* 59. Galliaul *num.* 485. Alciat *num.* 103 Bologn. *numer.* 271. & Cephal. *numer.* 981. Corn. *in l. Precibus, num.* 124. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Caccialup. *num.* 8. Barthol. *in l. Recuſare, §. Titius. num.* 2. *ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. *num.* 1. Paul. de Caſtr. *numer.* 3. & Alex. *num.* 1. Bald. *de Subſtitut. tit. de Compendioſa, num.* 30. Barthol. de Huc. *tit. etiam de Compendioſa, num.* 25. & alij permulti, quos referunt ac ſequuntur Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 13 *ſub numer.* 1. *&* 3. & Peregrin. *de Fideicom. art.* 34. *num.* 82. plurimos etiam adducit Fuſar. *de Subſtitut. q.* 249. *num.* 1. qui *num.* 8. dicit hanc eſſe communem opinionem, & propterea in conſulendo, & judicando non auſurum ſe ab ea recedere, licèt ſibi minus placeat.

Fundamentum hujus ſententiæ deſu- 1097
mitur, primo ex *l. Recuſare, §. Titius, ff. Ad Trebel.* vbi ſubſtituto per Vulgarem, & Fideicommiſſariam competit facultas ad hoc vt, nolente inſtituto adire, poſſit venire ex Vulgari, vel cogere illum, vt adeat, & venire ex Fideicommiſſaria. Secundo, ex *l. fin. verſ. Illud, Cod de Codicil.* vbi inſtitutus in teſtamento habente clauſulam codicillarem, habet poteſtatem eligendi, vtrùm velit venire ex directa inſtitutione, virtute teſtamenti; vel ex fideicommiſſo, virtute clauſulæ codicillaris. Tertiò, ex *l. Si quis ſeruo, ff. de Manumiſſ. teſtam.* vbi teſtator juſſit ſeruum eſſe liberum, & nihilominus fidei hæredum commiſit ejus manumiſſionem: ex qua diſpoſitione habebat ſeruus electionem obtinendi libertatem directò, vel fideicommiſſariè, petendo manumiſſionem ab hærede. Quartò denique ex ratione, quia Compendioſa ſimplici verbo directo, aut communi facta continet diuerſas ſubſtitutiones pro diuerſis temporibus, vt ex ſuperioribus conſtat: ergo quando ſimul eſt appoſitum aliud verbum aliquid amplius debet operari, quia non debet cenſeri ſuperfluè appoſitum: nihil autem apparet quod operetur, niſi quòd pro eodem tempore diuerſam ſubſtitutionem inducat: ergo cùm ſubſtitutus non poſſit venire ſimul ex duplici ſubſtitutione diuerſa, neque ſit maior ratio, cur vna potiùs, quàm altera valeat, manere debet in poteſtate ſubſtituti eligere quam maluerit.

Ab hac communi ſententia recedunt 1098
Cynus, Decius, Ripa, Socin jun. & alij, quos refert & ſequitur Fuſar. *d. q.* 249. *num.* 6. *& ſeqq.* exiſtimantes ſubſtitutionem factam verbo directo & communi eſſe directam, & Fideicommiſſariam,

pro

pro diuerſis temporibus, ſeu caſibus, id eſt, pro caſu quo inſtitutus decedat ante aditam hæreditatem, eſſe directam Vulgarem, & pro caſu quo decedat ante pubertatem, adita (vel etiam non adita) hæreditate, directam Pupillarem, ſi aliæ conditiones adſint: & pro caſu quo decedat poſt pubertatem, hæreditate adita, Fideicommiſſariam; ac proinde non eſſe locum electioni, ſed prout caſus tulerit, ita ſubſtitutum ex hac, vel illa ſubſtitutione admittendum. Cujus opinionis præcipuum fundamentum eſt quia tam verbum directum, quàm commune ſufficienter operatur in eo quòd pro dictis diuerſis caſibus, & temporibus ſubſtitutio euadat directa, & obliqua: ſiquidem verbum directum operatur vt ſit directa, & commune vt ſit obliqua: ac proinde non oportet vt dicta electio intelligatur concedi ſubſtituto per illa verba. Quòd ſi dicas, hinc ſequi verbum directum eſſe otioſum in illa ſubſtitutione; ſiquidem ſimplex verbum commune poſitum in Compendioſa ſufficit ad inducendas illas ſubſtitutiones diuerſas pro ſuis caſibus, & temporibus, vt ex ſuperioribus conſtat. Reſpondent citati DD. licèt verbum cōmune ſufficiat ad inducendas illas ſubſtitutiones, attamen cùm ſit commune & ambiguum, non induci per illud directam ſubſtitutionem abſque ambiguitate, & difficultate; & iſtam ambiguitatem tolli per verbum directum ſimul appoſitum: proindeque tale verbum directum operari vt ſubſtitutio abſque vlla dubietate ſit directa pro ſuis temporibus, & ſic, etiam dicta electione ſublata, otioſum non eſſe.

1099 Atque hinc arguit vlteriùs Fuſar. pro hac ſententia; quia per tale verbum directum conſtat certò voluntatem teſtatoris eſſe, vt ſubſtitutus ſuccedat filio impuberi per Pupillarem directam: ergo non poteſt cenſeri data eſſe dicta electio ſubſtituto, vt poſsit omittere Pupillarem, & agnoſcere Fideicommiſſariam; cùm teſtator determinatè velit, vt ſuccedat ex Pupillari. Accedit, quòd talis electio cederet in præjudicium filij, cujus intereſt habere ſucceſſorem ex Pupillari: & credendum non eſt teſtatorem voluiſſe filio præjudicare. Vnde ſaltem reſpectu Pupillaris non eſt admittenda illa electio, etiamſi admittatur reſpectu Vulgaris, & Fideicommiſſariæ, ex quibus ſoli teſtatori ſuccedituṙ nec aliud ſuadent textus qui pro communi ſententia afferuntur; quia procedunt, quando agitur de ſola diſpoſitione teſtatoris, & de ſuccedendo in ejus bonis, vt idem Fuſarius aduertit *d. q.* 249. *num.* 3. *&* 4.

1100 Hæc opinio mihi videtur ſatis probabilis; ſed tamen non eſt recedendum à communi. Quare ad fundamentum pro ea adductum, negandum eſt, illa verba ſufficienter operari, ſi ſolùm pro diuerſis caſibus, & temporibus inducant ſubſtitutionem directam, & obliquam, & non tribuant dictam electionem ſubſtituto: Nam quodlibet eorum verborum, ac præſertim commune, in Compendioſa poſitum eas ſubſtitutiones pro illis temporibus inducit: & quod dicitur, inſeruire adjectionem verbi directi ad tollendam ambiguitatem verbi communis, videtur liberè excogitatum; cùm ſatis certò conſtet, Compendioſam ſolis verbis communibus factam eſſe directam, & obliquam pro ſuis caſibus & temporibus, vt ſupra viſum eſt *§. 5. per tot.* Neque vrget argumentum Fuſarij *num. præcedenti* poſitum: nam hoc ipſo quòd teſtator appoſuit ſimul verbum directum, & commune, ſignificauit ſe non velle abſolutè, vt ſubſtitutus ſuccederet ex directo, ſed ſolùm in caſu quo nollet ſuccedere ex communi, ſeu per Fideicommiſſariam, quæ ſola in tali Compendioſa per verbum cōmune denotatur, vt ſupra *num* 1095. declaratum eſt. Quod tandem additur de præjudicio filij, eſt valde leue; cùm in libera teſtatoris poteſtate ſit dare illi ſubſtitutum, tam per Pupillarem, quàm per Fideicommiſſariam, quàm etiam per vtramque, tum pro diuerſis temporibus, tum etiam pro eodem tempore, ad hoc vt ſubſtitutus eligat quam maluerit: quòd vltimum in noſtro caſu facere intelligitur.

1101 Ex dictis colliges, prædictam commu-

nem ſententiam, non ſolùm procedere quando ſubſtitutio eſt facta per verbum directum & commune, ſed etiam quando per verbum directum, & obliquum, vel per verbum commune, & obliquum: nam in omnibus his caſibus, & complicationibus militant jura, & ratio pro cõmuni adducta *num.* 1097. & ita docent Trentacinq. *d. cap.* 13. *num.* 4. *&* 5. & multi alij apud Fuſar. *d. q.* 249. *num.* 9. *&* 10.

1102 Colliges præterea, idem dicendum quando fuiſſet appoſitum vnum tantùm verbum, ſiue directum, ſiue commune, ſiue obliquum, additâ clauſulâ, qua teſtator dicat; *Se velle ſubſtitutionem valere vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum:* nam tunc etiam datur electio ſubſtituto, vt ſuccedat ex qua voluerit ſubſtitutione Sic Barth. *in d. l. Centurio, num.* 38. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 96. Aret. *ſub num.* 16. & alij: idem Barth. *in d. l. Recuſare, §. Titius, ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. Paul. de Caſtr. Alex. & Aquenſ. Benedict. de Plumb. *in l. Si quis ſeruo, ff. de Manumiſſ. teſtam.* & multi alij, quos citant & ſequuntur Trentacinq. *d. cap.* 13. *num.* 6. dicens hanc eſſe magis communem opinionem, & Peregrin. *de Fideicom. art.* 2. *n.* 67. qui nonnullos etiam diſcordantes adducit. Notat verò poſt alios Trentacinq. *ſupra numer.* 7. hanc reſolutionem non procedere quando dicta clauſula apponeretur in Reciproca, vt cùm dictum eſſet; *Vos inuicem ſubſtituo vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum:* tunc enim ait, non dari dictam electionem ſubſtituto. At circa hoc tene prout dictum eſt *ſupra §.* 7. *num.* 940. Plura circa dictam reſolutionem reperies apud Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 63. *per totam*; vbi inter alia declarat, dictam electionem in nullo caſu habere locum reſpectu Vulgaris, & Pupillaris; eoquod non detur concurſus harum ſubſtitutionum pro vno & eodem tempore: ſed de hoc cogita.

1103 Colliges tandem cum Peregrin. *de Fideicom. art.* 34. *numer.* 83. quòd vbi verbum aliquod in diſpoſitione adjectum dupliciter accipi poteſt, vno modo, vt pro omni tempore ſtet cum effectu operatiuo; alio modo, vt ſolùm pro aliquo tempore; debet accipi primo modo, quãuis diſpoſitio etiam juxta ſecundùm modum intellecta non foret omnino inutilis reſpectu certi temporis; quia operaretur alio modo ex vi alterius verbi adjecti: vnde potiùs admittitur, multiplicari remedia, & prouiſiones in vno eodemque tempore, quàm verbum pro aliquo tempore nihil operari: eſtque hoc rationabile, quia vt natura, ſic etiam ars nihil fruſtra molitur, *l.* 1. *§. Dixerit aliquis, ff. de Publiciana, l. Hæc ſtipulatio, §. Diuus, ff. Vt legat. nom. cau.* Vnde Bald. *in rubr. Cod. de Contrah. empt.* eleganter dicit, ne ſyllabam quidem vllam debere accipi abſque effectu operatiuo, quod alij etiam teſtantur.

Circa ſecundum caſum, quando ſcilicet dicta verba diuerſa fuerunt appoſita 1104
reſpectu diuerſarum perſonarum, quatuòr complicationes inſpiciendæ ſunt. Prima eſt, quando vnus eſt ſubſtitutus per verbum directum ciuile, & alius per verbum cõmune eſt ſubſtitutus in certa portione: & tunc in perſona vocati per verbum ciuile ſubſtitutio eſt directa, & vniuerſalis; & in perſona alterius eſt Fideicommiſſaria in illa tantùm portione Gloſ. communiter recepta *in l. His verbis, ff. de Hæred. inſtit. & in §. Si verò nulla, verſ. Relictis, Auth. de Hæred. Falcid.* Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 40. *ff. de Vulgari,* Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 13. *numer.* 1. Peregrin. *de Fideicom. art.* 34. *num.* 87. & alij. Aut vocatus verbo directo ciuili ſubſtitutus eſt in re certa, & vocatus verbo communi in certa etiam re: & tunc ſubſtitutio in perſona directè vocati trahitur ad totum, & ille fit hæres vniuerſalis, quia ſubſtitutio directa in re certa, quando non eſt datus ſubſtitutus vniuerſalis, trahitur ad totum, *l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgari:* ſicut & ipſa prima inſtitutio, *l.* 1. *verſ. Si ex fundo, ff. de Hæred. inſtit.* in perſona verò alterius eſt tantùm quoddam fideicommiſſum particulare; quia verbum commune

mune adjectum certæ rei nunquam trahitur ad directum, vt eſt communis omnium ſententia ad *l. Cogi, §. Et generaliter, ff. Ad Trebel.* & ita quoad vtramque partem docet Trentacinq. *ſupra.*

1105 Aut vocatus per verbum directum eſt ſubſtitutus in re certa, & vocatus verbo communi eſt ſubſtitutus ſimpliciter, vel in reſiduo hæreditatis, aut bonorum: & in hoc caſu ſubſtitutus per verbum commune erit hæres vniuerſalis; quia verbum commune adjectum vniuerſitati bonorum, nullo alio dato vniuerſali hærede, inducit inſtitutionem directam, & vniuerſalem: Gloſ. *in d. l. His verbis,* & communis DD. ſubſtitutus autem verbo directo ſolùm capiet illam rem certam, *l. Ex facto, ff. de Hæred. inſtitut. & l. Quoties, Cod eod. tit.* Atque ita docent Trentacinq & Peregrin. *loc. citat.* Aut vocatus verbo directo eſt ſubſtitutus in vna quota hæreditatis, & vocatus verbo communi ſubſtitutus in alia quota, quæ vtraque totam hæreditatem exhauriat; vt ſi vnus ſit ſubſtitutus in ſemiſſe, & alter in alio ſemiſſe: & tunc vterque jure directo capiet ſuam partem; quia cùm tota hæreditas per illas quotas diſtributa ſit, rectè intelligitur vtrumque ſubſtitutum vocari vt hæredem vniuerſalem, & ſic jure directo, licèt alter verbo communi vocatus ſit; ſiquidem etiam verbum commune adjectum vniuerſitati bonorum directam ſubſtitutionem inducit; & in quota, cui in præſenti adjectum eſt, nullus alius reperitur ſubſtitutus. Sic etiam docent Trentacinq. *ſupra, verſ. Aut ſubſtitutio*, & Peregrin. *dict. art.* 34. *num.* 85. *verſ. Secundò præmitto.* Si autem non eſſet tota hæreditas diſtributa per illas quotas, vt quia vocatus verbo directò eſſet ſubſtitutus in quarta, & alter in alia quarta, tunc ait Trentacinq. *d. num.* 11. *verſ. Primus quorum, in fine,* quòd ſubſtitutio facta per verbum directum trahitur ad totum, & facta per verbum commune eſt Fideicommiſſaria in illa quarta.

1106 Secunda complicatio eſt, quando vnus eſt ſubſtitutus per verbum directum ciuile, & alter per verbum obliquum. Et in hoc caſu ſubſtitutio per verbum directum, ſiue facta ſit ſimpliciter, ſiue in re certa, ſiue in quota, ſemper vt directa trahitur ad totum: & facta per verbum obliquum, ſiue in re certa, ſiue in quota, ſiue ſimpliciter in reſiduo, ſemper eſt Fideicommiſſaria; quia verbum obliquum nunquam dirigatur, niſi euidenter conſtet de teſtatoris voluntate, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari,* Barthol. *in l. Quærebatur, ff. de Milit. teſtam.* atque ita ſcribunt Trentacinq. *d. cap.* 13. *ſub num.* 11. & Peregrin. *d. art.* 34 *num.* 87. vbi ſpeciatim notat, quòd ſubſtitutus directò in re certa, exiſtente altero ſubſtituto per verba obliqua in reſiduo, ſit hæres vniuerſalis cum onere reſtituendi alteri illud reſiduum.

Tertia complicatio eſt, quando vnus fuit ſubſtitutus per verbum commune, & alter per obliquum. In quo caſu, aut vocatus verbo obliquo ſubſtitutus eſt in re certa: & alter eſt ſubſtitutus ſimpliciter vel in reſiduo; & tunc ſubſtitutio per verbum commune euadit directa vniuerſalis; quia verbum commune adjectum vniuerſitati bonorum, quale eſt reſiduum, inducit vniuerſalem ſubſtitutionem directam, quando nullus alius eſt datus ſubſtitutus vniuerſalis per verbum directum ciuile: Gloſ. *in d. l. His verbis, ff. de Hæred. inſtit.* & ita reſoluit Trentacinq. *d. cap.* 13. *ſub num.* 11. *verſ. Tertius caſus,* & Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 89. juxta Barthol. quem refert, vbi etiam aduertit hoc procedere tam de Vulgari, quàm de Pupillari directa. Aut vocatus verbo obliquo eſt ſubſtitutus in re certa, & alter per verbum commune in portione, ita vt tota hęreditas non ſit diuiſa inter eos. Et tunc vtraque ſubſtitutio eſt Fideicommiſſaria, & non trahitur ad totum. Nam ex quo tota hæreditas non datur, cenſetur jus primi hæredis in aliquo reſeruatum, & ſic eum grauari, vt vtrique illi ſubſtituto ea relicta tribuat. Neque verbum commune in tali caſu obſtat; cùm conſtans ſit, ita demum verbum commune trahi ad totum, ſi adjiciatur vniuerſitati bonorum, & nullus alius reperiatur inſtitutus, vel ſubſ- 1107

ſubſtitutus vniuerſalis. Sic Trentacinq. *vbi ſup.* poſt Alex. *conſil.* 12. *num.* 5. *lib.* 3. & Corn. *conſil.* 152. *num.* 18. *lib.* 3.

1108 Aut denique vocatus verbo obliquo eſt ſubſtitutus in vna portione hæreditatis, & vocatus per verbum commune in alia reſidua, ita vt inter vtrumque tota hæreditas diſtributa ſit. Et in hoc etiam caſu vtraque ſubſtitutio eſt omni tempore Fideicommiſſaria, vt cum Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 41. *ff. de Vulgari,* Ripa *num.* 177. & communi DD. tradit Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 90. & docet etiam Trentacinq. *loco citat.* Ratio eſt, quia ſubſtitutus per verbum commune non fuit grauatus à teſtatore, vt reſtitueret portionem, in qua alter verbo obliquo, & ſic fideicommiſſariè, ſubſtitutus fuit: vnde intelligitur tale grauamen ſolùm fuiſſe impoſitum hæredi inſtituto, & ſic durare jus talis hæredis, proindeque per verbum commune, quo alter fuit ſubſtitutus in vna quota, non induci ſubſtitutionem directam, cùm verbum commune hunc effectum non habeat, exiſtente alio hærede vniuerſali, vt ſæpiùs dictum eſt. Quare autem in hoc caſu cenſeatur durare jus primi hæredis, non autem quando vnus eſt ſubſtitutus verbo obliquo in re certa, & alter per verbum commune in reſiduo: in quo caſu contrarium reſoluimus? Reſpondet bene Peregrin. *citat.* rationem eſſe, quia in præſenti caſu non poſſunt jura, & actiones tranſire ex toto in ſubſtitutũ per verbum commune, cùm ſolùm ſit ſubſtitutus in quota: in alio autem caſu actiones vniuerſaliter in illum tranſeunt.

1109 Addit autem idem Peregrin. *num.* 91. hanc traditionem rectè procedere quoad Pupillarem contentam in Compendioſa; vt ſcilicet poſt aditam hæreditatem ſubſtitutio non ſit Pupillaris, etiamſi inſtitutus decedat ante pubertatem, ſed omni tempore ſit Fideicommiſſaria. Si verò agatur de Vulgari, credit quòd, hærede repudiante, ſubſtitutus per verbum commune in quota hæreditatis totum capere debet; quia jus primi hæredis non durat in aliquo; ſiquidem repudiata hæreditate hæres non exiſtit. Illud etiam rectè aduertit, quòd etiam Fideicommiſſaria facta in quota hæreditatis, eſſet vniuerſalis, & ſi hæres nollet adire, poſſet cogi à fideicommiſſario vt adiret, & totam hæreditatem ſibi reſtitueret; id quod latiùs declarat *art.* 2. *numer.* 41. *& art.* 5. *numer.* 27. 1110

Quarta & vltima complicatio eſt, quãdo vnus eſt ſubſtitutus per verbum commune, & alij vocantur per verbum, *Lego,* vbi duo caſus à DD. diſtinguuntur. Primus eſt, ſi teſtator in ipſa inſtitutione aliqua particularia legata relinquat, & deinde per Compendioſam verbo communi ſubſtituat alium in reſiduo, vt ſi dicat; *Lego talem fundum Titio, & talem domum Seio: & ſi meus hæres abſque liberis deceſſerit, volo vt reſiduum perueniat ad Caium.* Et in hoc caſu ſubſtitutio verbo communi facta trahitur ad directam vniuerſalem, vt bene Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 42. *ff. de Vulgari,* & ibi Ripa *num.* 178. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 13. *in fine,* & Peregrin. *d. art.* 34. *numer.* 89. Quia per illa legata non alteratur ſubſtitutio vniuerſaliter facta in reſiduo, ſed remanet in ſuis viribus, acſi eſſet hæres inſtitutus; ſiquidem illa dictio, *Reſiduum,* importat vniuerſalitatem bonorum, *l.* 2. *Cod. de Hæred. inſtit.* & verbum commune vniuerſalitati bonorum adjectum directam inſtitutionem vniuerſalem inducit, & ſimiliter ſubſtitutionem: vt ſæpius dictum eſt. Cùm autem dicta ſubſtitutio in ſuis viribus maneat, eaque ſit Compendioſa, pari modo continebit Vulgarem, Pupillarem, & Fideicommiſſariam, ſicut de Compendioſa ſimpliciter facta per verbum commune in ſuperioribus dictum eſt, ut bene aduertit Peregrin. *citat.*

Alter caſus eſt, ſi legata relicta ſint in 1111 ſubſtitutione, vt cùm dictum eſſet; *Si filius meus deceſſerit abſque liberis, lego talem fundum Titio, & talem domum Seio, & in reſiduo Caium ſubſtituo.* Et in hoc caſu credit Ripa *ſub d. num.* 178. & Trentacinq. *vbi ſup.* ſubſtitutionem eſſe tantùm Fideicommiſſariam: quia teſtator non

non grauauit ſubſtitutum onere illorum legatorum: vnde intelligitur voluiſſe, vt primus hæres illis eſſet grauatus, & ſic quòd jus ipſius primi hæredis duraret: ſubſtitutio autem facta verbo communi non trahitur ad directam, exiſtente alio hærede vniuerſali, ſed eſt tantum Fideicommiſſaria: Gloſ. *in d. l. His verbis, ff. de Hæred. inſtit.* & DD. communit. r. Si dicas hinc ſequi, ſimiliter fuiſſe dicendum in præcedenti caſu. Reſpondet Trentacinq. eſſe diuerſam rationem in illo caſu; quia tunc videtur teſtator noluiſſe jus primi hæredis durare poſt illius mortem, cùm noluerit legata perſolui ante mortem illius; quod in hoc ſecundo caſu non voluit. Cæterùm Peregrin. *vbi ſupra*, exiſtimat idem eſſe dicendum in hoc caſu, atque in præcedenti: quòd in neutro cenſeri debeat durare jus primi hæredis, ob rationem, quam ex eo in ſimili attulimus *num.* 1008. *fine*.

§. 8. *Quando expiret ſubſtitutio Compendioſa?*

SUMMRAIUM.

Compendioſa expirat in ijs caſibus, & ex ijſdem cauſis, quibus expirant ſubſtitutiones in ea contentæ, num. 1112.

Tunc ſolùm Compendioſa expirat ex toto, quando eueniunt caſus, quibus omnes ſubſtitutiones in ea contentæ extinguuntur, num. 1113.

1112 AD hanc quæſtionem reſpondetur breuiter, Compendioſam expirare in ijs caſibus, & ex iiſdem cauſis, quibus expirant ſubſtitutiones in ea comprehenſæ. Cum enim in Compendioſa contineantur Vulgaris, Pupillaris, & Fideicommiſſaria, aut duæ ſaltem ex ijs, conſequens eſt, vt ſi contingat caſus, quo Vulgaris extinguitur, expiret tunc Compendioſa, quatenus erat Vulgaris; et ſi eueniat caſus quo Pupillaris expirat, euaneſcat ſimiliter Compendioſa vt erat Pupillaris: & idem cum proportione eſt in Fideicommiſſaria. Vnde non ſufficiet euenire caſum, quo vna ex his ſubſtitutionibus extinguitur, ad hoc vt Compendioſa omnino pereat; adhuc enim permanebit, & erit vtilis quoad alias in ea contentas; imo verò, vt quoad alias, vel aliquam ſaltem earum, vtilis ſit, opus eſt vt aliqua extinguatur; nam vt detur locus Fideicommiſſariæ, neceſſe eſt vt adeatur hæreditas, quo caſu extinguitur Vulgaris; *l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.*

Quare tunc ſolùm ex toto Compendioſa expirabit, quando euanuerint caſus, quibus omnes ſubſtitutiones in ea contentæ extinguuntur, vt quando Compendioſa facta eſt filio impuberi, qui adiuit hæreditatem, & mortuus eſt cum filijs poſt pubertatem: tunc enim per aditionem hæreditatis extincta eſt Vulgaris; per pubertatem extincta eſt Pupillaris; & per ſuperuenientiam liberorum, Fideicommiſſaria; & ſic ex toto euanuit Compendioſa has tantùm ſubſtitutiones complectens; idemque eſt, ſi ex alijs cauſis hæ ſubſtitutiones pereant: quæ autem ſint hujuſmodi cauſæ, & caſus, in quibus illæ extinguuntur, dictum eſt ſupra in proprijs locis ſingularum ſubſtitutionum. Et hæc ſint ſatis pro Compendioſa. 1113

SECTIO VII.

De Subſtitutione Militari.

DEfinitio ſubſtitutionis Militaris: & quare ſic dicatur? num. 1114.

Qui milites poſſint ſubſtituere militariter? Et vtrùm idem priuilegium competat Doctoribus, Aduocatis, Clericis, Regibus, Ducibus, & alijs titularibus, & Dominis terrarum? numer. 1115. *remiſſiue.*

Vtrum ſubſtitutio Militaris facta à pagano in piam cauſam valeat? eod. numer. 1115.

Militaris ſubſtitutio diuiditur in Expreſſam,

ſam, & Tacitam; & quando cenſeatur facta expreſſè, & quando tacitè? numer. 1116.

Vtrùm quemadmodum datur tacita Vulgaris, & Pupillaris ex ſola præſumptione legis contra verba teſtatoris, ita etiam detur tacita Militaris? numer. 1117.

1114 SEquitur agendum de Militari ſubſtitutione, à qua nos breuiſsimè expediemus. Ea igitur in hunc modum definitur; *Eſt ſubſtitutio, qua quis ex militari priuilegio hæredi à ſe in aliquod limitatum tempus inſtituto ſubſtituit alium, qui poſt tale tempus ſuccedat directò in hæreditatem, nihil obſtante, quòd fuerit adita per inſtitutum*; quam definitionem explicuimus, *ſect.* 1. *hujus diſp. num.* 22. & eſt de mente omnium, licèt alijs verbis à multis tradatur. Dicitur *Militaris*, quia ij tantùm qui gaudēt priuilegio militum, poſſunt hoc modo ſubſtituere: eſt enim contra regulas juris communis, quòd aliquis poſsit inſtituere hæredem vſque ad certum tempus, & exinde inſtituere alium, qui poſt tale tempus directò, atque immediatè ſuccedat in hæreditate ipſius teſtatoris, vt conſtat ex traditis *diſp.* 3. *ſect.* 10. Eſtque apud omnes notiſsimum. Et ideo jure tantùm ſpeciali militibus conceſſum eſt, vt dicto modo inſtituere, & ſubſtituere poſsint, *l. Miles ita, in princip. l. Quærebatur, §. fin. & l. In fraudem, §. Miles, ff. de Milit. teſtament. & l. In teſtamento,* | *in fine, Cod. de Teſtament. milit.*

1115 Qui autem milites hujuſmodi priuilegio gaudeant, diximus, *diſp.* 2. *ſect.* 7. *§.* 3. *à num.* 175. & tradunt latè Leonius *de Subſtitut. tit. de Compendioſa, à num.* 112. Prætis, *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 2. *dubit.* 1. *ſolut.* 8. *à num.* 2. & Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 8. *num.* 6. *& ſeqq.* qui etiam diſputant, an hoc priuilegium competat etiam aliquibus alijs perſonis, vt Doctoribus Aduocatis, Clericis ſaltem Cardinalibus, Regibus, Principibus, Ducibus, & alijs titularibus, & Dominis terrarum? In quibus omnibus recepta eſt ſententia negatiua, ſupremis Principibus exceptis. Diſputat etiam latè Trentacinq. *numer.* 10. An fauore cauſæ piæ valeat dicta ſubſtitutio facta à pagano in piam cauſam. Qua in re varij admodum ſunt DD. Trentac. autem partem affirmatiuam magis probat, & cum ea nobis etiam tranſeundum eſt, cùm pro religione faciat.

Diuiditur hæc ſubſtitutio in Expreſſam, & Tacitam: Expreſsa appellatur, quæ verbis ſpecificis (id eſt, hanc ſubſtitutionem in ſpecie denotantibus) facta reperitur, vt cùm teſtator dixit; *Inſtituo Caium hæredem meum ad decem annos: & exinde facio hæredem Titium*, vel, *Inſtituo filium meum; & poſtquam fuerit* 20. *annorum, ſit meus hæres Titius*, vel, *quandocumque filius meus poſt pubertatem deceſſerit inſtituo hæredem Caium.* His enim, & ſimilibus verbis propriè, & ſpecificè denotatur Militaris ſubſtitutio. Tacita dicitur, quæ non verbis ſpecificis exprimitur, ſed ſub quadam tantùm verborum generalitate comprehenditur; vt cùm miles filio impuberi, & in poteſtate exiſtenti Compendioſam facit verbis directis, vel etiam communibus, veluti ſi dicat; *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſit hæres Caius*, vel, *Subſtituo Caium.* Tunc enim non exprimit in ſpecie Militarem, ſed ſolùm eam comprehendit ſub verbis generalibus, & aptis tam ad Pupillarem, quàm ad Militarem; cùm vtraque hæc ſubſtitutio in illa Compendioſa ex æquo comprehendatur, vt conſtat ex dictis *ſect. præced. §.* 3. *concl.* 1. & 2. Atque ita diuidit, & explicat poſt alios. Leon. *de Subſtitut. tit. de Militari, num.* 2. *&* 4. Cæterùm diuidendo hac ratione Militarem conuenientiùs diceretur eam diuidi in Expreſſam verbis ſpecificis, & in Expreſſam verbis generalibus, ſicut in Vulgari, & Pupillari dictum eſt. 1116

Vtrùm autem, quemadmodum datur Vulgaris, & Pupillaris tacita ex ſola præſumptione legis, etiam contra verba teſtatoris, qualis eſt Vulgaris quæ continetur 1117

tur

tur in Pupillari expreſſa; & Pupillaris quæ continetur in expreſſa Vulgari, per *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*; ita etiam detur ſimilis Militaris tacita, quæ per legem præſumatur contenta in aliquâ alia ſubſtitutione expreſſa? Non reperio id à DD. tractatum, ſed tamen tenendum omnino credo, talem Militarem non dari; quia oporteret aſsignari legem, quæ illam præſumeret: nulla autem talis lex reperitur.

§. 1. *De effectu Militaris ſubſtitutionis.*

SUMMARIUM.

Per Militarem ſubſtitutionem non ſucceditur inſtituto, ſed teſtatori; numer. 1118. *Declaratur & probatur hæc reſolutio; numer.* 1119. *& ſeqq.*

Vtrum ex Militari facta filio ſuccedatur in legitima, quæ ex bonis teſtatoris ad filium peruenit? num. 1122.

Vtrum ſubſtitutus per Militarem capiat bona teſtatoris ſimul cum fructibus repertis tempore mortis inſtituti, vel ſolùm tempore mortis teſtatoris? Prima ſententia pugnat pro repertis tempore mortis teſtatoris; num. 1123. *& ſeqq. Secunda verior, & communnior ſtat pro repertis tempore mortis inſtituti; num.* 1126. *Soluuntur fundamenta primæ; num.* 1127.

An ſubſtituto commodius ſit ſuccedere per Militarem, quàm per Fideicommiſſariam? Reſpondetur affirmatiuè, & aſsignantur multa commoda; n. 1128. *& ſeqq.*

In ſubſtitutum per Militarem tranſit jus patronatus Eccleſiaſtici, & jus ſepulchri: non autem in ſubſtitutum per Fideicommiſſariam; num. 1130. *Quid de jure patronatûs libertorum? eod. numer. in fine.*

Ex directa Militari non conſequitur ſubſtitutus prælegata relicta inſtituto; num. 1131.

Circa effectum hujus ſubſtitutionis aliquæ dubitationes à DD. agitantur, quas breuiter expediemus.

Prima dubitatio eſt, vtrùm per Militarem ſuccedatur teſtatori, an inſtituto, cui ille ſubſtituit? Aliqui exiſtimarunt ſuccedi inſtituto. Sic Bald. *in l. In teſtamento, Cod. de Teſtament. milit.* & ibi Angel. Paul. de Caſtr. & Comen. Imola, *in l. Centurio, ff. de Vulgari*, & ibi Socin. ſen. Hæc tamen ſententia nullum conſiderabile habet fundamentum. Et ideo omiſsis, quæ pro ea afferri ſolent (quæ apud Polit. & Trentacinq. *infra citat.* videri poterunt) contraria ſententia tenenda eſt, quòd ſcilicet per hanc ſubſtitutionem non ſucceditur inſtituto, ſed teſtatori. Hanc cum Barthol. Alex. Iaſ. & alijs, quos referunt, tradunt & communem dicunt, Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 4. *cap.* 8. *ſub num.* 4. *verſ. Cum igitur*, & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 216. *num.* 1. tenet etiam dicens videri longè veriorem Polit. *de Subſtitut. tit. de Compendioſa, numer.* 20. 1118

Vt autem hæc ſententia probetur, & rectè intelligatur, aduertendum eſt, dubitationem non eſſe, vtrùm per Militarem ſuccedat ſubſtitutus in bonis inſtituti, vel ſolius teſtatoris? Certum eſt enim ſuccedere tantùm in bonis teſtatoris, vt expreſsè habetur *in d. l. Centurio*, & ibi notant omnes. Vnde ſolùm quæritur, an per Militarem ſuccedatur inſtituto, non quidem in omnibus ejus bonis, ſed in ijs quæ à teſtatore ad illum peruenerunt? Quod licèt ſit contra jus commune, *l. Sed ſi plures, §. Ad ſubſtitutos, ff. de Vulgari*, attamen in præſenti videtur poſſe facilè admitti ex priuilegio militari; maximè cum etiam in pagano id aliquando toleretur, vt eſt caſus in eadem *l. Sed ſi plures, §. In arrogato.* Quo tamen non obſtante prædicta communis tenet, quòd ex Militari ſoli teſtatori directè & immediatè in ejus bonis ſucceditur. 1119

Hoc poſito, probatur facilè dicta ſententia primò, per text. *in l. Cum filiusfamil.* 29. *ff. de Milit. teſtament.* cum 1120

illis bonis poſt aditam percepit, & tempore mortis ejus extant, non poſſunt dici inuenti in hæreditate patris, ſed in hæreditate filij inſtituti; nam vbi primum hæreditas eſt adita, ſtatim incipit eſſe filij, cum cujus hęreditate confunditur, *l. Sed ſi plures, §. Filio, ff. de Vulgari, l. Pater, ff. de Priuileg. credit.* & not. Gloſ. *in l. 1. §. Veteres, verb. Reliquorum, ff. de Acquir. poſſeſſ.* Ergo cùm textus dicat ſolùm deberi fructus inuentos in hæreditate patris, non debent intelligi qui reperti fuerint tempore mortis inſtituti, ſed teſtatoris.

1125 Tertiò denique mouentur per text. *in l. Milites etiam, ff. de Milit. teſtam.* qui ſic habet: *Milites etiam ijs, qui hæredes extiterint, poſſunt ſubſtituere in ijs dumtaxat, quæ ſunt ex eorum teſtamento conſecuti.* Vnde ſic arguitur: qui exiſtit hæres non capit ex teſtamento fructus, qui obueniunt ex bonis teſtatoris; hos enim capit, quia eſt dominus talium bonorum, & bona fructificant domino: ergo tales fructus non veniunt, nec venire poſſunt in dicta ſubſtitutione, etiamſi remotè ad ipſum teſtamentum referantur: nam cùm dicitur, quòd ſubſtitutio ſolùm poteſt fieri in obtentis ex teſtamento, illa præpoſitio, *Ex*, denotat cauſã immediatam, vt *in l. Non dubium, ff. de Legibus.*

1126 Secunda ſententia tenet, ex dicta ſubſtitutione deberi fructus repertos tempore mortis inſtituti. Hæc eſt verior & communior, quam ſequuntur Barth. *in d. l. Centurio, num. 8. fine, ff. de Vulgari,* & ibi Angel. *num. 2.* Aret. *num. 5.* Socin. ſen. *num. 13.* Ripa *num. 41.* Galliaula, *num. 118. in fine,* & Cephal. *num. 68.* & *numer. 313.* Barthol. *in l. Precibus, numer. 8. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Bald. *numer. 30.* & Cagnol. *numer. 266.* Polit. *de Subſtitut. tit. de Compendioſa, numer. 18 fine,* & cum multis alijs Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap. 8. ſub numer. 5.* & Fuſar. *quæſt. 217. numer. 1.* Fundatur *in dict. l. Centurio,* in qua, cùm dicitur, quod ſubſtitutus capiet fructus in hæreditate inuentos, neceſſariò debent intelligi fructus reperti tempore mortis inſtituti: primò quia proximè dictum fuerat, quòd ſubſtitutus capiet bona teſtatoris dumtaxat, quibus verbis comprehenduntur fructus reperti tempore mortis teſtatoris, ſiquidem bonorum appellatione etiam fructus continentur, *l. Item veniunt, § Item non ſolùm, ff. de Petit. hæred.* ergo quod deinde additur; *Cum fructibus in hæreditate inuentis,* non poteſt intelligi de inuentis tempore mortis teſtatoris, ſed inſtituti, ne dicamus illa verba ſuperfluè fuiſſe addita, quod non eſt admittendum. Secundò, quia ſuperiùs etiam dictum fuerat, quòd decedente filio intra ætatem pupillarem, capiet ſubſtitutus bona filij jure communi, ideſt, ex Pupillari ſubſtitutione: deinde ſubintellecto eodem verbo, *Capiet,* additur; *Poſt eam autem ætatem, ex priuilegio militum, patris dumtaxat cum fructibus inuentis in hæreditate.* Ex quibus planè reſultat hic ſenſus: quòd per mortem filij, intra ętatem pupillarem capiet ſubſtitutus propria bona filij inuenta tempore mortis ipſius filij, per mortem autem ejuſdem filij poſt illam ætatem, capiet bona patris cum fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis ipſius filij: nam verbum illud, *Capiet,* relatum ad vtramque partem hujus textus, æqualiter debet determinare. Itaque juxta hanc ſententiam pertinent ad ſubſtitutum ex dicta Militari, non tantùm bona quę fuerunt teſtatoris, ſed etiam fructus quos inſtitutus ex eis percepit, qui reperti fuerint quando ipſe inſtitutus moritur, ſeu (vt neceſſariò ſubintelligitur) quando hæreditas teſtatoris ſubſtituto defertur.

Fundamenta contrariæ ſententię diluuntur facilè. 1127 Ad primum reſpondetur, non valere conſequentiam, nam licèt inſtitutus, cui per Militarem datus eſt ſubſtitutus, non dicatur hæres grauatus, non propterea eſt melioris conditionis, quàm grauatus, ſed potiùs deterioris; cùm in totum deſinat eſſe hæres, quando hæreditatem dimittit ſubſtituto; quod non fit, quãdo hæres grauatus hęreditatẽ reſtituit

quia non propterea deſinit eſſe hæres quoad jura directa. Ad ſecundum reſpondetur, licèt hæreditas patris poſtquam eſt adita confundatur cum hæreditate filij, & ſit jam ipſius filij, ejuſque patrimonium, adhuc tamen conſeruare nomen hæreditatis paternæ vt patet *ex d. l. Sed ſi plures, §. Filio, ff. de Vulgari.* Et quamuis poſſet etiam appellari hæreditas filij, non fuit conueniens vt ſic appellaretur in præſenti caſu, quia daretur occaſio exiſtimandi verba illa, *Cum fructibus inuentis in hæreditate,* eſſe intelligenda tam de fructibus hæreditatis teſtatoris, quàm hæreditatis filij inſtituti. Ad tertium denique reſpondetur, ſatis eſſe quòd teſtamentum fuerit cauſa remota ad hoc vt dicti fructus cenſeantur obtenti ex teſtamento, quia non fuit cauſa remota vtcumque, ſed omninò neceſſaria ad hoc vt hæres poſſet capere fructus hæreditatis: quando autem cauſa ita eſt neceſſaria, licèt ſit remota, attenditur tanquam proxima, & denotatur per præpoſitionem, ex Barthol. *in d. l. Sed ſi plures, §. In arrogato, ff. de Vulgari,* & probat tex. *in l. Cum filius, §. Hæres meus, ff. de Legat. 2. & in l. 1. §. Ex incendio, ff. de Incend. ruina, & naufrag.*

1128 Quarta dubitatio eſt, an plus habeat ſubſtitutus per Militarem, quàm per Fideicommiſſariam? Reſpondetur multa eſſe commoda Militaris, quæ non habentur ex Fideicommiſſaria. Primum commodum eſt, quòd per Militarem, cùm ſit directa, poteſt ſubſtitutus capere bona teſtatoris propria auctoritate. Sic Alex. *in d. l. Centurio, numer. 46. ff. de Vulgari,* & ibi Ripa *numer. 52.* Cagnol. *in l. Precibus, numer. 276. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Odd. *de Compendioſa, p. 5. quæſtion. 3. præmiſſ. 6. numer. 4.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 1. numer. 4.* & cum alijs Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion. 225. numer. 1.* Id verò limitatur, quando bona poſſiderentur ab alio (id eſt, à non inſtituto) vt ab hærede inſtituti: tunc enim ſi ſubſtitutus propria auctoritate vellet capere, à jure ſuo caderet, vt cum Ripa Cagnol. Odd. *vbi ſupra,* notat idem Fuſar. *numer. 2.* & poteſt ſumi ex *dict. l. Precibus, in fine,* vbi juxta magis communem intellectum ſubſtitutus per Militarem capit bona de manu matris inſtituti, tanquam jure fideicommiſſi; eâ nimirum de cauſa, quia mater erat in poſſeſſione omnium bonorum, quæ inſtitutus habuit, vtpote quæ putabat ad ſe omnia ab inteſtato deueniſſe. Vide *ſect. præced. §. 3. numer. 1003.*

Secundum commodum eſt, quòd 1129
per Militarem capit ſubſtitutus bona, quæ fuerunt teſtatoris, non detractâ legitimâ, quam filius inſtitutus in illis habebat, idque licèt mater talis filij in medio exiſtat, & ſit hæres illius; præſertim ſi conſtet, quòd teſtator eam voluit priuare ipſâ legitimâ prout, *ſect. præced. §. 3. numer. 1006. & ſequentib.* cum probabiliori ſententia tradidimus, etiam ſpectato nouo jure Codicis, & Authenticorum. Verùm eſt tamen, quod hoc etiam commodum conſequetur ſubſtitutus per Fideicommiſſariam factam à milite, vt tenet Barthol. *in dict. l. Precibus, n. 5. C. de Impub. & al ſubſt.* & ibi Dec. & Ripa *in d. l. Centurio, ff. de Vulgari,* licèt contrarium teneant Gloſ. *in d. l. Precibus,* & ibi Alex Bald. Paul. de Caſtr. & Iaſ. quos refert, & ſequitur Trentac. *de Subſtitution p. 4. c. 8. num. 15. fine.*

Tertium commodum eſt, quòd in 1130
ſubſtitutum directum, ſeu per Militarem, tranſit jus patronatus Eccleſiaſtici, vt relatis alijs tradunt Odd. *de Compend. p. 5. quæſt. 3 præmiſſ. 6. numer. 8.* Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap. 8. numer. 17.* Intrigl. *de Subſtitut. cent. 2. quæſt. 94. numer. 21.* & Fuſar. *de Subſtitut. quæſt. 220. numer. 1.* quia hoc jus tranſit ad omnes hæredes etiam extraneos, vt eſt communis DD. *in Clem. Plures, de Iure patron. & in l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* & tradit relatis pluribus Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 6 numer. 37.* Vnde cùm ſubſtitutus per Militarem ſit directus, & hæres teſtatoris, ſequitur, quòd in illum tranſit hoc jus. In fideicommiſſarium autem non tranſit,

vt

vt cum multis alijs notant omnes citati DD. Tum eà de cauſa, quia hoc jus tranſit in ſolidum in quemlibet hęredem, non pro rata hæreditatis, & ſic non tranſit ad hæredes vt hæredes, ſed quia hæredes, proindeque non tranſit in fideicommiſſarium vniuerſalem, ſed remanet apud hæredem grauatum, itaut ſit jus hæreditarium directum, non obliquum, vt cum Barthol. & multis alijs concludit Peregr. *ſup.* Tum etiam quia hoc jus, cùm ſit annexum rei ſpirituali, non pertinet ad cōmodum pecuniarium: in fideicommiſſarium autem non tranſeunt ea quæ non ſpectant ad commodum pecuniarium, ſed remanent penes hæredem grauatum, vt jus ſepulchri, & ſimilia, vt pro regula tradunt, Imola, & Alexander *in dict. l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* & latiùs declarat Peregrin. *dict. cap. 6. numer.* 38. & Trentacinq. *dict. numer. 17. verſ. Iura ſepulchrorum.* Vnde ad commodum etiam directæ Militaris ſpectat quòd ex illa, & non ex Fideicommiſſaria, tranſit jus ſepulchri in ſubſtitutum; vt multi DD. notant apud Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 219. Si quæras. vtrùm ſimiliter dicendum ſit de jure patronatus libertorum? Reſpondet affirmatiuè Polit. *de Subſtitution. tit. de Compendioſa, numer.* 17. licèt contrarium teneat Alex. quem refert, & refellit.

Alia commoda recenſet, & latè proſequitur Trentacinq. *dict. cap. 8. à numer.* 18. ſpectantia ad ſucceſsionem in bonis feudalibus, & emphyteuticis: ſed quia præcipua hujus rei difficultas eſt, vtrùm hæc bona tranſeant in fideicommiſſarium, quę quæſtio alterius eſt loci, non oportet nos hìc eà in re immorari.

1131 Quinta dubitatio eſt, vtrùm ex directa Militari conſequatur ſubſtitutus pręlegata relicta inſtituto? Reſpondetur negatiuè ex Menoch. *lib. 4. præſumpt. 195. fine,* vbi alios refert, quia Militaris directa comparatur Vulgari, in qua non veniunt pręlegata, vt ſupra ſuo loco tradidimus, adhibitis nonnullis moderationibus, quæ hìc etiam militare poterunt.

§. 2. *Si directa Militaris fiat caduca, ad quem pertineat tunc hæreditas teſtatoris?*

In hoc caſu quidam ſentiunt hæreditatem deuolui ad hæredes ab inteſtato ipſius teſtatoris. Sic Alex. *in l. Centurio, numer. 51. ff. de Vulgari.* Paul. de Caſtr. *in l. Precibus, numer.* 16. & ibi Raph. *Cod. de Impuber & alijs ſubſtitut.* & alij apud Intrigl. *de Subſtitut. cent. 2. quæſtion. 94. numer.* 22. Mouentur primò per text. *in l. Si miles ita, 42. in princip; ff. de Milit. teſtament.* ibi: *Si ita ſcripſerit; Titius vſque ad annos decem hæres eſto, nemine ſubſtituto, inteſtati cauſa poſt decem annos locum habebit;* qui textus etiam in noſtro caſu locum habet, cùm paria ſint eſſe caducatam ſubſtitutionem, atque neminem eſſe ſubſtitutum. Secundò ratione, quia teſtator ſubſtituendo militariter voluit duo, nempe adimere hæreditatem ab inſtituto, vbi fuerit tranſactum tempus, prò quo illum inſtituit, & ademptam transferre in ſubſtitutum, qui tali tempore capax extitiſſet: quanuis autem tranſlatio non teneat ob aliquam cauſam, ademptio tamen tenet, *l. Planè, ff. de Leg. 1. l. Et ſi tranſferam, ff. de Adim. legat.* 1132

Alij tenent hæreditatem, ſeu bona remanere inſtituto, vel ejus hæredibus. Sic Commenſis *in dict. l. Centurio, ff. de Vulgari,* & ibi Socin ſen. *numer.* 32. & Claud. Seyſel. *numer.* 15. Probatur, quia tranſlatio, & ademptio hęreditatis, fuerunt facta ſub conditione, *Si inſtitutus prædecederet ſine liberis:* ergo deficiente conditione, eoquod ſubſtitutus priùs fuerit mortuus non habet locum ademptio, *l. Quod ſi alij, & l. ſequent. ff. de Adim. leg.* & ſic remanent bona inſtituto; ſeu ejus hæredibus. 1133

1134 Alij verò prædictas ſententias fœdere diſtinctionis concordant, dicuntque quòd, aut miles inſtituit vnum ad tempus certum, v.c. ad decem annos, & poſt tale tempus ſubſtituit abſolutè alterum; & tunc procedit prima opinio: aut inſtituit vnum ſimpliciter, & ſubſtituit alterum conditionaliter, vel in diem mortis inſtituri,& tunc procedit ſecunda opinio. Sic diſtinguunt Galliaula *in d.l.Centurio, num.* 129. & ibi Ripa *num. 96.* & Socin. jun. *num* 159. Cagnol. *in d. l. Precibus, num.* 186. Odd. *de Compendioſa, p.* 5. *q.* 3. *præmiſſ.* 6. *numer.* 9. Trentacinq. *de Subſtitut. p* 4. *cap.* 8. *fine*, Intrigl. *d. q.* 94. *num.* 24 & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 227. Fundamentum vtriuſque partis conſtat ex adductis pro prædictis duabus opinionibus, quatenus cum illis cohęrent: & huic ſententiæ ſubſcribo.

§. 3. *Vtrùm in Militari directa ſubintelligatur conditio,* Si inſtitutus ſine liberis deceſſerit?

1135 Reſpondetur affirmatiuè, ſi teſtator ſit aſcendens inſtituti. Sic. Socin. ſen. *in l. Cum auus, num.* 25. *ff. de Condit. & demonſtr.* Galliaula *in l. Centurio, num.* 176. *ff. de Vulgari*, Emman. Coſta *in cap. Si pater*, 1. *p. verb. Si abſque liberis, num.* 12. *verſ. Vnde colligo, de Teſtament. in* 6. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 89. *numer.* 131. & eum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 226. Probatur argum. *d. l. Cum auus*; nam eadem ratio pietatis, ob quam per illam legem, & alia jura, illa conditio ſubintelligitur in ſubſtitutione Fideicommiſſaria facta per aſcendentem inſtituti, militat in pręſenti, vt ſatis per ſe conſtat.

1136 Intellige autem hanc reſolutionem, quando ſubſtitutio eſt facta in caſum mortis; ſecus autem quando fuiſſet facta ſub alia conditione, quàm mortis, vel poſt aliquod tempus vitæ ipſius inſtituti: nam cùm teſtator deſcendenti viuenti ſtatim poſt euentum talis conditionis, vel temporis, ſubſtitutum prætulerit, rectè colligitur, quòd etiam ejus liberis eundem ſubſtitutum voluit præferre. Sic Emman. Coſta, Menoch. & Fuſar. *vbi ſupra.* Id quod pariter in Fideicommiſſaria procedit, vt cum Barthol. & communi tradit idem Coſta *d. num.* 12.

Aliæ declarationes, quæ in Fideicommiſſaria adhiberi ſolent à DD. hic etiam locum haberent, vt notat Fuſar. *citat.* At non oportet omnia vbique tractare. Et ideo hæc pro Militari ſint ſatis.

SECTIO VIII.

De ſubſtitutione Fideicommiſſaria.

Non eſt animus totam Fideicommiſſariæ ſubſtitutionis materiam pertractare. Eſt enim vaſtiſsima, & excurrit per tot, ac tam varias quęſtiones, vt integra deſideret volumina, nec facilè ad methodum reuocari poſsit. In pręſenti ergo ea tantùm exponemus, quæ ad plenam doctrinam de teſtamentis, cui inſudamus, neceſſaria videbuntur. Atque is nobis ordo ſeruandus eſt. In primis dicemus, quid, & quotuplex ſit ſubſtitutio Fideicommiſſaria? Deinde, quando, quibuſuè ſignis, aut verbis fiat, factauè eſſe intelligatur? Tertiò, à quo, cui, & inquem, ſeu in cujus fauorem, fieri poſsit? Quartò, quàm neceſſaria ſit aditio hæreditatis, vt hæc ſubſtitutio vim habeat? Quintò, quos habeat effectùs? Sextò & vltimò, quando, quibuſue in caſibus expiret?

§. 1. *Quid, & quotuplex ſit Fideicommiſſaria ſubſtitutio?*

SUMMARIUM.

Definitur, ac deſcribitur Fideicommiſſaria ſubſtitutio vniuerſalis, num. 1137.

Cur hæc ſubſtitutio dicatur obliqua? num.

num. 1138.

Si hæreditas non adeatur, non eſt locus ſubſtitutioni Fideicommiſſariæ; quare poteſt cogi quilibet hæres grauatus, vt adeat etiamſi ſit magnæ auctoritatis; debet tamen ſeruari indemnis; numer. 1139.

Per Fideicommiſſariam vniuerſalem fit ſubſtitutus hæres vtiliter, & in effectu. Et quid per hoc conſequatur? numer. 1140.

Explicatur diuiſio fideicommiſſi in Vniuerſale, & Particulare; num. 1141.

Fideicommiſſa, & legata hodie per omnia exæquantur, & quomodo id ſit intelligendum? ibid.

Ratione fideicommiſſi Particularis non poteſt cogi hæres, vt adeat ſub eod. numer. 1141.

Quando intelligatur inductum eſſe fideicommiſſum Vniuerſale, vel Particulare? num. 1142.

Diuiditur etiam fideicommiſſum in Reale, & Perſonale, & quomodo hæc membra inter ſe differant? num. 1143.

Aliud eſt fideicommiſſum Expreſſum, aliud Tacitum; ibid.

Diuiditur quoq; fideicommiſſum in Purum, Conditionale, & in diem, & explicantur hæc membra; num. 1144.

Fideicommiſſum in diem eſt aliquando Cõditionale, & quando tale cenſeatur? ſub eodem; num. 1144. *& ſeq.*

1137 SVbſtitutionem Fideicommiſſariam juxta communem DD. ſenſum definiuimus *ſect.* 1. *bujus diſp. nu*[illegible]4. in hunc modum; *Eſt ſubſtitutio, qua inſtitutus grauatur à teſtatore, vt acquiſitam hæreditatem alteri reſtituat in totum, vel ex parte*, quę definitio reuerà eſt optima, cùm procedat per propriam differentiam eſſentialem, qua hęc ſubſtitutio differt, tum ab omnibus ſubſtitutionibus directis de quibus hactenus egimus, tum etiam ab indirectis non vniuerſalibus, cujuſmodi ſunt quæ non fiunt in tota hæreditate, aut in quota illius, ſed vel in re certa, vel in quota bonorum, & dicuntur fideicommiſſa particularia, de quibus in præſenti non agimus. Cęterùm, licèt hæc definitio bene declaret ſpecialem rationem, & quidditatem hujus ſubſtitutionis; attamen quo maior lux de ea habeatur, libet hic addere aliam definitionem ſeu deſcriptionem, quæ præcipuas etiam illius proprietates continet, & ſic habet; *Eſt ſubſtitutio obliqua, ex qua teſtatoris hæreditas, aut pars illius, reſtituenda eſt per hæredem, etiam inuitum, fideicommiſſario, qui per eam reſtitutionem efficitur hæres vtiliter, & in effectu.* Ita poſt alios deſcribit Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 1. & conſtat *per l.* 1. *& toto tit. ff & Cod. Ad Trebel.* & *per §.* 1. *& totum tit Inſt de Fideicommiſſ. hæred.* veniendo autem ad ſingulas particulas definitionis.

Dicitur, *Subſtitutio obliqua*, quia per hanc ſubſtitutionem non licet ſubſtituto capere directo, & propria auctoritate hæreditatem, ſed debet eam capere de manu hæredis grauati, vt ex dictis juribus patet. Additur, *Ex qua teſtatoris hæreditas, vel pars illius*, vt diſtinguatur à fideicommiſsis particularibus, qualia cenſentur non ſolùm quæ fiunt de re aliqua particulari, vel quota bonorum teſtatoris, ſed etiam quæ fiunt de hæreditate, quæ aliunde teſtatori obuenit vt ſi alicui relinquas hæreditatem tui fratris, *l. Cogi, §. Si miles, ff. Ad Trebel.* & ibi. Barth. & cæteri communiter 1138

Subditur, *Reſtituenda per hæredem etiam inuitum*, quia ſi hæres grauatus hæreditatem non adeat, non eſt locus Fideicommiſſariæ, nec reſtitutioni; cùm reſtitui non poſsit, niſi quod ad aliquem peruenit, *l.* 30 *§.* 7 *ff. de Petit. hæred.* & ideo ne fideicommiſſarius priuetur emolumento ſibi directo, cogitur hæres adire & reſtituere, ſi ſponte id facere noluit, nulluſq; eſt heres, etiam magnæ auctoritatis, qui ad hoc cogi non poſsit, *l. Sed & qui, ff. Ad Trebel.* & ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, & ſiue ſi in totum ſit grauatus, *l. Etſi ſiue, Cod Ad Trebel.* intereſt autem, vtrùm hæres adeat coactus, vel ſpontaneè: nam ſi coactus adiit, 1139

eſt indignus capiendi aliquid ex voluntate defuncti de bonis illius, coquòd ſupremas illius preces deſpexerit, *l. Si patroni, §. Qui Fideicommiſſariam, ff. Ad Trebel.* & ſic generaliter amittit omnia lucra, quæ aliàs amitteret, ſi hæreditatem non adiret, *l. Ita tamen, §. Qui ſuſpectam, ff. eod.* ſeruatur tamen aliàs per omnia indemnis, cùm officium cuique ſuum nemini damnoſum eſſe debeat, *l. Sed & ſi quis ex ſignatoribus, ff. Quemadmodum teſtamenta aper.* id quod latiùs explicat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. num.* 86. Si verò adijt ſpontaneè, poteſt detrahere quartam Trebellianicam, de qua infra, ideſt, quartam partem hæreditatis, vel quotæ in qua inſtitutus eſt, *§. Sed quia, Inſtit. de Fideicommiſſ. hæredit.* & prætereà retinet jura hæreditaria, quæ ad fideicommiſſarium non tranſeunt, vt jus ſepulchri, jus patronatus Eccleſiaſtici, & ſimilia, de quibus ſuo loco.

Dicitur tandem, *qui,* (ſcilicet fidei-
1140 commiſſarius) *per eam reſtitutionem efficitur hæres vtiliter, & in effectu;* quia jura, & actiones directæ remanent penes hæredem, qui reſtituit; ſemper enim permanet hæres, *§. Reſtituta, Inſt. de Fideicommiſſ. hæredit.* & ideò per reſtitutionem ſola jura, & actiones vtiles tranſeunt in fideicommiſſarium; & ſic manet hæres vtiliter, & in effectu, tam quoad jura & actiones actiuas, quàm paſſiuas. Etenim quamuis regulariter ex juris diſpoſitione, nec vniuerſalis, nec particularis debitor poſſit excutere à ſe actiones paſſiuas, & in alium transferre; inuitis creditoribus, *l. 1. Cod. de Pactis, & l. 2. ff. de Hæred. vel actione vend.* tamen in præſenti materia hæres grauatus de reſtituenda hæreditate, & debitor vniuerſalis effectus per aditionem, actiones paſſiuas à ſe excutit, & in fideicommiſſarium transfert, etiam inuitis creditoribus, per reſtitutionem hæreditatis, auctoritate legis, & Senatuſconſulti, vt per *l. 1. verſ. Placet, ff. Ad Trebel.* ibi: *Placet, vt actiones, quæ in hæredes, hæredibuſque dari ſolent, eas nec in eos, nec his dari, qui fidei ſuæ commiſſum, ſicuti rogati eſſent, reſtituiſſent.*

Celebris diuiſio Fideicommiſſariæ, ſeu 1141
fideicommiſſi vniuerſim accepti, eſt in fideicommiſſum Vniuerſale, & Particulare. Hoc ſecundum eſt, quo hæres grauatur in re particulari alteri reſtituenda. Vniuerſale eſt, quo grauatur in re vniuerſali, ideſt, in hæreditate, aut quota illius reſtituenda. Et hoc eſt quod ſupra tradita definitione explicatur. Cæterùm, vt maior notitia habeatur, ſciendum eſt, quòd legata & fideicommiſſa per omnia exæquata ſunt, *l. 1. ff. de Leg. 1. l. 2. Cod. Communia de legat. §. Noſtra, & §. Sed non vſque, Inſt. de Legat.* non quòd ſint idem formaliter, ſed quia ſunt idem virtualiter: ſolùm enim differunt in hoc, quòd legata relinquuntur ſimpliciter, vt dicendo; *Relinquo,* vel, *Lego talem rem Titio;* fideicommiſſa verò relinquuntur mediante fide hæredis, qui grauatur vt ea reſtituat; vt *Rogo meum hæredem, vt talia bona det Titio:* vel, *meus hæres talem dabit,* vel, *reſtituet Titio:* quæ differentia tota in verbis conſiſtit, re ipſa verò ſunt idem. Vnde cùm fideicommiſſorum alia ſint Vniuerſalia, alia Particularia, dicta legatorum & fideicommiſſorum exæquatio ſic eſt intelligenda, vt legata Vniuerſalia ſint exæquata fideicommiſſis Vniuerſalibus, & ſingularia ſingularibus, ſeu Particularibus, prout hæc omnia ex Barthol. & alijs tradit Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 2. à princip.* Quapropter dicta diuiſio fideicommiſſi per omnia in re ipſa coincidit cum diuiſione legati in Vniuerſale, & Singulare.

In præſenti autem ſolùm agimus de fideicommiſſo Vniuerſali, quod nomine ſubſtitutionis Fideicommiſſariæ ſimpliciter dictæ intelligitur. Particulare enim longè diuerſas habet conſiderationes, neque ratione illius poteſt fideicommiſſarius cogere hæredem, vt hæreditatem adeat, etiamſi ei offerat cautionem indemnitatis, *l. Nam quod, §. vltim. ff. Ad Trebel.* quia ſcilicet remedium cautionis eſt fragile, *l. Qui ita, §. 1. ff. eod. & l. Pupilli, ff. Quod falſo tut. aut.*

Quando autem inductum ſit fideicommiſ- 1142
miſ-

miſſum Particulare, vel Vniuerſale? ex ipſis verbis teſtatoris intelligendum eſt. Si enim relictum ſit tale, vt contineat jura & actiones, quæ ad teſtatorem ſpectabant, eſt fideicommiſſum Vniuerſale: ſi autem ea jura & actiones non continetat, ſaltem ex parte, eſt Particulare. Unde quando relictæ eſſent ſingulæ res, vel res certo in loco exiſtentes, vel bona mobilia, & immobilia, vel hæreditas aliqua, quæ aliunde teſtatori obuenit, vel quod ſupererit poſt debita ſoluta, vel aliquam quotam bonorum; in omnibus his caſibus erit fideicommiſſum Particulare, eo quod non contineat jura & actiones, quæ ad teſtatorem ſpectabant. Et ita ex jure, & DD. quos referunt, tradunt ac bene docent Mantica *d. tit.* 2. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 5. *num* 42. *& ſeq.* & Fuſar *de Subſtitut. q.* 268. *per tot.* qui omnes prædictos caſus recenſet. Quando autè hæres fuerit rogatus reſtituere, *Hæreditatem*, aut, *quotam illius*, vel, *bona, patrimonium, ſubſtantiam, cenſum, peculium, facultates*, vel *res*, aut etiam *pecuniam*, erit fideicommiſſum Vniuerſale; quia in eo continentur etiam jura & actiones tam actiuæ, quàm paſſiuæ; quanuis de pecunia id non ſit adeo expeditum, prout hęc omnia tradit Peregrin. *d. art.* 5. *numer* 4. qui etiam *numer.* 5. *& ſeqq.* alia multa ponit exempla, in quibus modo immorari non licet. Illud verò non omittendum, quòd in dubio judicandum eſt fideicommiſſum eſſe Vniuerſale, vt cum alijs notat Fuſar. *d. q.* 268. *num.* 11. *per l. Cogi, §. De ſucceſſione, ff. Ad Trebel.*

1143 Aliæ præterea ſunt diuiſiones fideicōmiſſi: aliud namque eſt Reale, aliud eſt Perſonale, ſeu in perſonam. Reale dicitur, cùm res fideicommiſſo ſubjectæ in ſe immediatè prohibitæ ſunt ne alienentur: vt ſi teſtator dixit; *Prohibeo bona mea alienari.* Perſonale eſt, quando prohibitio alienationis directa eſt in perſonam grauatam, vt ſi teſtator, inſtitutis cohæredibus Seio, & Caio, dixit; *Quos prohibeo ne poſsint alienare bona, quæ ipſis relinquo.* Explicat hanc diuiſionem poſt alios Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 68. *numer.* 22. *& ſeqq.* vbi apponit aliqua ſigna, ex quibus cognoſcitur, an fideicommiſſum ſit Reale, vel Perſonale: *&* *d numer.* 22. cum aliquibus DD. notat, quòd in dubio fideicommiſſum præſumitur Reale. Item aliud fideicommiſſum eſt Expreſſum, quod ſcilicet verbis teſtatoris exprimitur: aliud Tacitum, quod ex conjecturata, vel præſumpta voluntate teſtatoris ſubintelligitur, cùm verbis non ſit expreſſum.

Diuiditur etiam fideicommiſſum in Purum, Conditionale, & In diem. Purum dicitur, cui neque conditio, nec dies apponitur, vt ſi teſtator dixit; *Inſtituo Caium, & per fideicommiſſum ei ſubſtituo Seium.* Conditionale eſt, tum quando relinquitur ſub expreſſa conditione de futuro, quæ poteſt eſſe, & non eſſe, vt *Si grauatus deceſſerit abſque liberis*, vel aliâ: tum quando relinquitur poſt mortem grauati; quia intelligitur, ſi ipſe grauatus priùs moriatur, quàm fideicommiſſarius. In diem dicitur, quando hæres grauatur reſtituere poſt certum tempus, vt poſt decem annos, vel intra decem annos: Gloſ. *in l. Ex his, ff. Quando dies leg. ced.* & ibi Barthol. cæterique communiter, quod procedit quando dies eſt appoſitus executioni, ſeu præſtationi fideicommiſſi, vt cùm dictum eſt; *Poſt decem annos reſtituet hæreditatem*: ſecus autem ſi dies ſit appoſitus ſubſtantiæ, & toti ipſi diſpoſitioni, vt cùm dictum eſſet; *Reſtituant hæreditatem Titio, poſtquam peruenerit ad decem annos:* tunc enim erit fideicommiſſum Conditionale, *l. Si cui, §. Hoc autem, ff. de Legat.* 1. & ibi Gloſ. eſtque communis opinio teſte Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar cap.* 5. *num.* 26. 1144

Hanc verò limitationem intellige primò, dummodo dies ſit appoſitus reſpectu ipſius fideicommiſſarij, vt in exemplo proximè adducto; nam ſi appoſitus eſſet reſpectu perſonæ grauatæ, fideicommiſſum eſſet In diem, & non Conditionale, vt cùm dictum eſſet; *Poſtquam meus hæres fuerit decem annorum, reſtituat hæreditatem Caio.* Sic Fuſar. *de Subſtit q.* 270. *num.* 1145

numer. 6. & Anton. Gom. per text. *in l. Libertis*, 2. §. *Ab hæredibus*, *ff. de Alim. & cibar. legat.* vbi Barth. cęterique communiter. Et ratio eſt, quia in tali caſu non debet intelligi, quod teſtator fideicommiſit ſub conditione, ſi grauatus peruenerit ad illud tempus, ſed abſolutè quòd poſt tale tempus fideicommiſſum præſtaretur: nam ſi teſtator poſt tale tempus prætulit fideicommiſſarium grauato viuenti, multò magis intelligitur, quòd cum voluit præferre hæredibus ipſius grauati antea defuncti, & ſic quòd illo prædefuncto, fideicommiſſum præſtaretur tempore aſsignato. Intellige ſecundò, niſi tempus eſſet adjectum reſpectu fideicommiſſarij, gratiâ & fauore ipſius, quòd videlicet vtilius ei foret non præſtari ei fideicommiſſum, niſi poſt tale tempus: vt cùm hæres grauaretur reſtituere totam hæreditatem filio teſtatoris minori, poſtquam ad legitimam ætatem peruenerit. Nam tunc etiam non erit Conditionale, ſed ſolùm In diem: Gloſ. *in d. l. Ex his*, *ff. Quando dies leg. ced.* & ibi Barth. cæterique communiter, quibus ſubſcribit Anton. Gom. *d. cap. 5. num.* 26.

§. 2. *Quibus verbis, aut ſignis fiat, factaue eſſe intelligatur Fideicommiſſaria ſubſtitutio?*

SUMMARIUM.

Omne verbum ſignificans teſtatorem fideicommittere voluiſſe ſufficit ad fideicommiſſum inducendum: & aſsignantur aliqua verba; n. 1146.

Etiam verba enunciatiua ſufficiunt ad fideicommiſſum inducendum; n. 1147.

Verba enunciatiua, precaria, & deſiderium denotantia, tunc fideicommiſſum inducunt, quando referuntur ad hæredem grauatum: ſecus ſi referantur ad honoratum, num. 1148.

Verba conſilij etiam ad hæredem relata, non inducunt fideicommiſſum; ſicut nec verba, quibus perſona aliqua hæredi commendatur; num. 1149.

Fideicommiſſum nutu induci poteſt; numer. 1150.

Ex conjecturis, & interpretatione voluntatis teſtatoris poteſt induci fideicommiſſum; num. 1151. *Quales debeant eſſe conjecturæ, vt ex eis fideicommiſſum inducatur? num.* 1152. *& ſeqq.*

Vt conjecturæ ſint ſufficientes ad inducendum fideicommiſſum, an debeant deſumi ex verbis teſtamenti, vel poſſint etiam deſumi aliunde? num. 1155.

Ex dictis extra teſtamentum colligi poteſt teſtatorem voluiſſe, vt mater pupilli per tacitam Pupillarem excludatur; ibid.

Vt ſit locus tranſmiſsioni, ſatis eſt voluntas teſtatoris intellecta extra teſtamentum; ibid.

Vtrum fideicommiſſum inducatur, quando nihil diſpoſitum fuit à teſtatore, ſed tamen veriſimile eſt quòd ſi cogitaſſet, ita diſpoſuiſſet? num. 1156. *& ſeq.*

Referuntur aliqui DD. qui multas afferunt conjecturas fideicommiſſum inducentes; num. 1158.

Fideicommiſſum quando cenſeatur fauorabile, & quando odioſum? n. 1159.

Circa verba, quibus Fideicommiſſa- 1146
ria inducitur, conſtat vniuerſim lo-
quendo, quòd omne verbum ſigni-
ficans teſtatorem fideicommittere volu-
iſſe, ſufficit ad fideicommiſſum inducen-
dum; ſiue ſit præceptiuum, ut *Iubeo, Præ-
cipio*; ſiue precarium, vt *Rogo, Volo, Man-
do, Fideicommitto*; *l. Omne verbum, Cod.
Commun. de Legatis*, *l. In legatis, Cod.
de Legatis*, ibi: *Nihil intereſt, quis talem
voluntatem caſus exceperit, aut quis lo-
quendi vſus effuderit:* ſiue etiam ſoliùs
deſiderij expreſsiuum, vt *Cupio vt des,
Opto, Exigo, Deſidero, Credo te daturum,
Scio quòd dabis*. Caſus eſt, *in l. Etiam
hoc modo, & in l. Et eo modo, ff. de Leg.*
1. Quorum ea eſt ratio, quia in fideicom-
miſsis ſola voluntas ſpectatur, *l. pen ff. de
Leg.* 1. *l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad
Trebel. l. Cum virum, Cod. de Fideicom.
& ſimil.*

Si quæras, vtrùm etiam verba enunci- 1147
atiua

Digitized by Google

atiua ad fideicommiſſum inducendum ſufficiant? Reſpondetur affirmatiuè ex communi ſententia, quam tenent Barth. *in l. Ex hac ſcriptura, ff. de Donat.* Alex. *in l. Siquis mihi bona, §. Et quid ſi mandauit, ff. de Acquir. hæred.* Maſcard. *de Probation concl.* 775. *num* 25. & cum multis alijs. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 1. *num.* 47. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 3. *tit.* 12. *numer.* 2. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 275. *num.* 1. Probatur ex multis textibus, quos ad hoc affert Peregrin. *loc. citat.* vt ex text. *in l. Vnum ex familia, §. fin. ff. de Leg.* 2. *& in l. Pamphilo, in princip. ff. de Leg.* 3. *& in l. Fideicommiſſa, §. Hæc verba, ff. eod.* qui textus licèt loquantur quando verba enunciatiua referuntur ad liberos teſtatoris; attamen idem erit quando fuerint relata ad extraneos, vt ex mente Bartholi, & aliorum notat idem Peregr. per text. *in d. l. Ex hac ſcriptura, ff. de Donat.* quamuis nonnulli contradicant apud Fuſar. *cit.* Et ratio eſt, quia etiam verba enunciatiua demonſtrant voluntatem teſtatoris, quæ ſola, quocumque modo ſignificata ſit, fideicommiſſum inducit, vt ex dictis *num. præced* conſtat.

1148 Prædicta verò, quoad verba enunciatiua, precaria, & deſiderium denotantia, intelligi debent, quando ea verba fuerint relata ad hæredem grauatum, vt cùm dictum eſſet; *Rogo vt diligentem curam habeas bonorum, quæ tibi rilinquo, vt poſſint ad tuos filios peruenire, d. l. Fideicommiſſa, §. Hæc verba:* vel, *Scio, omnia, quæ tibi relinquo, ad filios meos, peruentura, d. l. Pamphilo, in princip* & ſimilia: talia quippe verba, non niſi grauandi animo videntur adjecta, & ideo fideicommiſſum inducunt. Non ita verò quãdo relata fuerint ad honoratum: tunc enim non inducunt diſpoſitionem, ſed cenſentur adulatoria, *l. Iulianus, §.* 1. *ff. de Leg.* 3. *l. Generali, in princip. ff. de Vſufructu, leg.* & vtrobique, Barthol. & DD. Gloſ. Barth. & alij communiter *in l. Peto, in princip. ff. de Leg.* 2. Idem Barthol. *in d. l. Fideicommiſſa, §. Hæc verba, & in d. l. Pamphilo, in princip ff. de Leg.* 3. Mantica *d. tit.* 12. *num.* 2. Peregrin. *d. art.* 1. *num.* 48. & cum multis alijs Fuſar. *d. q* 275. quamuis non deſint, qui tenent, quòd etiam per verba enunciatiua ad honoratum relata fideicommiſſum inducitur. Ita enim ſentiunt Cuman. & Petr. Beſac. apud Mantic. *ſup.* per text. *in l. Titia, §. Titia cum nuberet, ff. de Leg.* 2. qui tamen fatentur fideicommiſſum non induci ex vi, & ſignificatione, ſeu figura talium verborum, ſed ex voluntate defuncti, quę ex illis verbis conjicitur.

Cæterùm verba quę conſilium denotant, quamuis ad hæredem ſint relata neceſſitatem fideicommiſsi non inducunt; quia conſilium eſt fauor hæredis, cui renuntiare poteſt. Caſus eſt *in l. Cum pater, §. Mando, ff. de Legat.* 2. vbi id notant Gloſ. Barthol. Bald. Albert. Imola Paul de Caſtr. & cæteri ſcribentes, idem conſtat per text. *in d. l. Fideicommiſſa, §. Hæc verba, ff. de Leg.* 3. verba etiam, quæ proferuntur cauſâ commendationis alicujus perſonę, vel quibus teſtator perſonam aliquam hæredi ſuo commendat, fideicommiſſum non conſtituunt, *d. l. Fideicommiſſa, §. Si ita quis,* & notat Peregrin. *d. art.* 1. *num.* 50. 1149

Alia præterea ſunt ſigna, quibus Fideicommiſſaria induci poteſt. Quia in primis etiam nutu poſſunt fieri fideicommiſſa, *l. Nutu, ff. de Leg.* 3. *l. Et in epiſtola, Cod. de Fideicommiſſ.* Vt autem hoc modo fiant, ſemper erit neceſſarium vt præcedant verba vel voce, vel ſcripto prolata, quibus teſtator ab aliquo interrogetur, & quod verba ſint talia, vt teſtator eis annuendo ſufficienter intelligatur, velle fideicommittere, vt ſatis per ſe liquet. 1150

Deinde, etiam ex conjecturis, & interpretatione voluntatis teſtatoris poteſt Fideicommiſſaria induci, licèt verbis non exprimatur, vt eſt communiſsima penè omnium ſententia, quam relatis plurimis tradunt Mantica *de Conject ur. vltim. vol. lib.* 7. *tit.* 3. *numer.* 2. *& lib.* 8. *tit.* 1. *ſub num.* 24. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 68. *ſub num.* 7. & Fuſar. innume- 1151

meros referens *de Subſtitut. q. 276. numer.* 1. & probatur per text. *in l. Cum proponebatur, & in l. Qui ſolidum, §.* 1. *& in l. Vnum ex familia, §. vltim. ff. de Leg.* 2. *& in l. Cum virum, Cod. de Fideicommiſſ. & in l. Cum quæſtio, in fine, Cod. de Legat. & ſimil.*

1152 Oportet autem, vt conjecturæ ſint vrgentes, & neceſſariò concludentes, aut ſaltem multùm probabiles, ad hoc vt fideicommiſſum inducant: Bald. *in d. l. Cum virum, num.* 20. *Cod. de Fideicommiſſ.* & ibi Coraſ. *num.* 11. *&* 97. Alciat. *in l. Filiusfamil. §. Diui, num.* 22. *& num.* 53. *ff. de Leg.* 1. Jaſ. *in l. Non poteſt, numer.* 8. *ff. de Vulgari*, & poſt multos alios Maſcard. *de Probation. concluſ.* 774. *numer.* 4. vbi teſtatur de communi, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 8. *tit.* 1. *ſub num.* 23. Menoch. *d. præſumpt.* 67. *ſub num.* 8. Peregrin. *de Fideicom. art.* 11. *num.* 39. & Fuſar. plurimos referens *d. q.* 276. *num.* 4. Ratio eſt, quia bona teſtatoris] præſumuntur relicta hæredi abſque vllo onere, aut vinculo fideicommiſsi, vt multis probat Menoch. *d. præſumpt.* 67. *num.* 1. *& ſeqq.* & conſtat per *l. Quidam cùm filium*, vbi Bald. *in fine, ff. de Hæred. inſtitut.* & per *l. Gallus, §. Quidam rectè, ff. de Liber. & poſthum.* Vnde alleganti fideicommiſſum incumbit onus id probandi, vt eſt recepta omnium ſententia, & conſtat per *l. Titia cum teſtamento, §. Caius Seius, ff. de Leg.* 2. *& per l. Lucius Titius, §. Lucius Titius, ff. eod.* probatio autem vt ſit efficax, debet concludere neceſſariò, aut ſaltem præſumptiuè, juris præſumptione, quæ transferat onus probandi in aduerſarium, (hæc enim pro liquida probatione habetur, vt notatur *in l. Licet Imperator, ff. de Leg.* 1. *& in l. Neque natales, de Probation.*) ergo vt ex conjectura cenſeatur relictum eſſe fideicommiſſum, debet talis conjectura eſſe concludens neceſſariò, aut ſaltem ita probabilis juris præſumptione, vt euellat contrariam præſumptionem, qua hæres aliàs ſe tueri poſſet.

1153 Non deſunt tamen qui velint, etiam conjecturas leues, & quomodolibet probabiles, ſufficientes eſſe. Hujus ſententiæ fuerunt Alex. *conſil.* 100. *num.* 5. *lib.* 4. Socin. jun. *conſil.* 181. *num.* 2. *lib.* 2. Ripa *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, numer.* 17. *& ſeqq. ff. Ad Trebel.* & ibi Zanch. *num.* 133. & alij non pauci, quos refert Fuſar. *d. q.* 271. *num.* 5. At hæc ſententia non eſt tuta, & refellitur efficaciter ex fundamento adducto pro contraria communi. Placet tamen conciliatio, quam cum Petro Antonio Petra, & Peregrino approbat Fuſar. *ſupra, num.* 6. dicens, quòd aut loquimur de fideicommiſſo inducendo de nouo, ſeu à principio, & tunc procedit ſententia communis: aut loquimur de fideicommiſſo jam inducto, de quo non liquido conſtat, virùm ad aliquam certam perſonam, vel perſonas, aut in longiùs tempus protendatur? Et tunc procedit hæc poſterior ſententia.

Illud etiam non omittendum, quòd vt 1154
ex conjecturis inducatur fideicommiſſum, debent eſſe conjecturæ approbatæ, vel adminiculatæ per legem, itaut magnam ſaltem ſimilitudinem habeant cum ijs, quas jus approbauit, & non ſufficiat ſola hominis pręſumptio, aut conjectura. Ita poſt alios Menoch. *d. præſumpt.* 67. *numer.* 10. *&* 11. Peregrin. *d. art.* 11. *numer.* 43. *& ſeq* & Fuſar. plures referens *d. q.* 276. *num.* 7. Ratio eſt, quia humanæ conjecturæ ſunt fallaces, & ſæpe reperiuntur falſæ: ergo propter illas, niſi legis auctoritate munitæ ſint, non licet inducere fideicommiſſum, contra juris præſumptionem, quam hęres pro ſe habet, quòd bona ei fuerunt relicta libera, *vt ſup. numer.* 1151. notatum eſt. Nonnulli tamen apud Fuſar. *citat.* opinantur ſolam hominis præſumptionem ſufficere. Quæ quidem opinio, ſi intelligatur de præſumptione ex conjectura clara, ex qua fideicommittendi voluntas neceſſariò inferatur, etiam à Peregrino admittitur, *d. art.* 11. *numer.* 44. *ad fin.* & quidem meritò, vbi verò conjectura non fuerit adeò clara & vehemens, à ſuperiori reſolutione recedendum non eſt.

Adhuc verò duplex circa prędicta eſt 1155
du-

dubitatio. Prima eſt, vtrum conjecturæ fideicommiſſum inducentes ſumi debeant ex verbis teſtamenti, vel poſsint etiam aliunde deſumi? Multi ſentiunt, debere ſumi ex verbis teſtamenti. Ita Bald *in l.* 1 *numer.* 10. *Cod. de His qui ante aper. tab. & in l. Si pater,* q. 4. *Cod de Inſtit.* Socin. jun. *in l. Hæredes* [illegible], § *Cum ita, num.* 10. *ff Ad Treb.* Hieron. Gabriel. *conſil* 121. *num.* 36. *lib.* 1. Mantica *de Conjectur vltim.volunt. lib.* 8. *num.* 20. & cum multis alijs Fuſar. *d q.* 276.*num.* 9. Dicendum nihilominus eſt, quod ſi aliunde probari poſsit, teſtatorem voluiſſe fideicommittere, ea conjectura, ſeu probatio, ſufficit ad fideicommiſſum inducendum, licet ex teſtamento id non colligatur. Ita Socin. ſen. *in l. In ambiguo, col. vltim. ff. de Rebus dub.* Prætis *lib.* 3 *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 3. *dubit.* 1 *ſolut.* 12. *numer.* 4. Menoch *d præſumpt.* 67 *numer.* 17 & Intrigl *de Subſtitut. cent.* 3 *quæſt.* 72. *num* 23 nec diſſentit Fuſar. *ſup.num* 11. Probatur in ſpecie per text. *in l. Cum proponebatur, ff. de Leg.* 2 *& fortius in l. Quoties,* §. 1. *ff. de Hæred. inſtitut.* Probatur præterea à ſimili; primò, quia ſic dicitur, quod ex dictis extra teſtamentum colligitur voluntas teſtatoris, qua mater pupilli per tacitam Pupillarem excludatur, vt tradunt Barthol *in l. In principio, numer.* 47. *ff. de Vulgari, & ibidem* Ripa *numer.* 52 & Socin. jun. *num.* 112. Secundo, quia ſic etiam dicitur, quod vt ſit locus tranſmiſsioni, ſatis eſt voluntas teſtatoris intellecta extra teſtamentum, vt tenent Socin jun. *conſil.* 167 *col* 3. *lib.* 2. Rub. *conſil* 8 *in fine,* & Paris *conſil.* [illegible]. *num.* 17. *lib* 3 prout eos refert, & ſequitur Menoch *vbi ſup* Quot autem teſtes requirantur ad probandam ſubſtitutionem Fideicommiſſariam in teſtamento omiſſá? Vide apud Fuſar *de Subſt.q* 283.

1156 Altera dubitatio eſt, vtrùm fideicommiſſum inducatur, quando à teſtatore nihil fuit diſpoſitum, ſed tamen veriſimile eſt, quòd ſi cogitaſſet, ita diſpoſuiſſet, ſeu fideicommiſiſſet? Reſpondent aliqui [illegible] poſt alios, Menoch. *d. præſumpt.* 57. *num.* 18. & poſſunt etiam adduci [illegible] alij, quos congerit Mantica *de Conject. vltim. vol. lib.*3. *tit.* 19 *num.* 4 aſſerentes, quòd diſpoſitio teſtatoris porrigatur ad caſum à teſtatore non cogitatum, quando eſt veroſimile, quod ſi de eo cogitaſſet, idem quoque diſpoſuiſſet. Hæc tamen reſolutio non eſt tuta, [illegible] da, vt bene cum alijs conſiderat Fuſar *d q* 2[illegible]. *numer.* 13 quia voluntas, quam teſtator habiturus eſſet ſi aduertiſſet, non eſt voluntas, cum nunquam reipſa extiterit, & ideo nullum effectum producere poteſt.

Quod autem communiter circumfertur, haberi pro diſpoſito, quod teſtator veroſimiliter diſpoſuiſſet ſi interrogatus fuiſſet, tunc ſ[illegible] procedit quando id venit in manifeſtam, & neceſſariam conſequentiam eorum quæ teſtator diſpoſuit, ita ut alias teſtatoris diſpoſitio [illegible] effectum non conſequeretur, vt [illegible] poſt alios [illegible] Peregrin. *de Fideicommiſ. art* 11 *num.* 2[illegible] *& ſeqq* maximè *numer.* 32 tunc enim tacitè [illegible] ſeu virtualiter habuit teſtator voluntatem de præſenti, circa id quod non expreſsit, ſuppoſitè quod in expreſſe volitis & diſpoſitis, aliquo modo continebatur; in noſtro autem caſu nullam voluntatem, neque tacitè, neque expreſse teſtator habuit, ſed ſolum habiturus eam eſſet ſi cogitaſſet: in his enim tantùm terminis loquimur, vt v g quando veroſimile eſt, quod teſtator aliquid tibi reliquiſſet, ſi teirgere te in [illegible]; & hujuſmodi veroſimilitudinem dicimus non ſufficere ad fideicommiſſum inducendum Illud tamen cum Peregrino, & alijs quos refert *ſub d. numer* 32. *verſ Hæc tamen,* [illegible], ſcilicet ex veroſimili [illegible] (& debere) interpretationem [illegible] fidei omnia [illegible], vt per *l Cum res, ff de Leg* 1. [illegible] *in teſtamento, ff. de Reb. dub. & [illegible], § Qui patrem, ff de Vulgari.* 1157

1158 Conſequens erat vt hoc loco traderemus [illegible] particulares conjecturas, ex [illegible] fideicommiſſum [illegible]. Sed quia [illegible]

 vaſta,

vaſta, nec ad noſtrum inſtitutum ſpectans, ſatius viſum eſt eam omittere, præſertim cùm jam in ſuperioribus non paucæ hujuſmodi conjecturæ à nobis ſint traditæ. Cęterùm qui maiorem earum notitiam deſideret, conſulat vltra alios Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 68. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 277. qui præcipuas pene omnes ſub vno veluti aſpectu ſubjiciunt.

1159 Denique cùm ad conjecturam, & præſumptionem fideicommiſsi capiendam plurimùm conferat ſcire an fideicommiſſum ſit fauorabile, nec ne? Magna circa hoc apud DD. eſt diſceptatio, vt videre eſt apud Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 1. numer.* 23. *& ſeqq.* Fuſar. *de Subſtitut. q.* 290. & alios. At neque in hoc immorandum eſt, ſed reſolutiuè dicendum cum Menoch. *de Præſumption. lib. 4. præſumpt.* 67 *numer.* 20. *& ſeqq.* quòd aut ſumus in caſu, quo clarè & manifeſtè conſtat teſtatorem voluiſſe pro certis caſibus & perſonis fideicommiſſum conſtituere, & tunc fideicommiſſum eſt fauorabile; ſiquidem agitur de obſeruanda ipſius teſtatoris voluntate, cujus obſeruatio eſt fauorabilis, vt probat text. *in Inſt. de Fideicommiſſ. hæred. in princ.* ibi; *Tantuſq; fauor eorum factus eſt, &c.* & fa[illegible] t *l. Cogi, in princip. ff. Ad Trebel.* vbi cum teſtator enixè rogaſſet, peculium ſuum reſtitui, & dubitatum eſſet, an in tali fideicommiſſo contineretur ſola pecunia, vel tota ſucceſsio, reſpondit Vlpianus, totam ſucceſsionem contineri, permotus ea ratione; ne intercidat fideicommiſſum. Aut ſumus in dubio, an teſtator reliquerit, vel non reliquerit fideicommiſſum, & tunc fideicommiſſum non [illegible], nec eſt fauorabile, ſed odioſum, cùm ſit onus & grauamen hæredis, qui præſumitur non eſſe grauatus à teſtatore, vt *ſupra, numer.* 1151 probatum eſt; [illegible] diſtinctio à multis etiam aliis apud eundem Menochium approbatur.

§. 3. *A quo, cur, & in cujus fauorem poſsit fieri ſubſtitutio Fideicommiſſaria?*

SUMMARIUM.

Illi tantùm poſſunt fideicommittere, qui jure teſtari poſſunt: & vtrum oporteat vt tam tempore mortis, quàm tempore, quo fideicommittunt, factionem actiuam teſtamenti habeant? num. 1160.

Qui pro aliis teſtari poſſunt, pro illis etiam poſſunt fideicommittere, num. 1161.

Fideicommiſſum relinqui poteſt ab omnibus quibus teſtator dat, vel non adimit: & quantum cuique datur, tantum, & non amplius ab eo relinqui poteſt, num. 1162.

Etiam ab hæredibus ab inteſtato poteſt quis fideicommittere in codicillis; ibidem.

Pater teſtando, vel codicillando pro filio, poteſt fideicommiſſo grauare [illegible] ſucceſſores ab inteſtato. Et quantum tale fideicommiſſum duret? eod. num. 1162.

Etiam hæres hæredis, & hæres fideicommiſſarij, & legatarij, poſſunt fideicommiſſo grauari; & quomodo id ſit intelligendum? num. 1163.

Hæres hæredis non poteſt in plus grauari, quam ipſe primus hæres; num. 1164.

Poſſunt etiam grauari fideicommiſſo ij, quibus ex perſona hæredis ſcripti, vel legatarij acquiritur, vt dominus cui acquiritur per ſeruum, &c. num 1165.

Etiam donatarij cauſâ mortis poſſunt fideicommiſſo grauari; & quomodo id intelligatur? num. 1166. & ſeq.

Non poſſunt grauari fideicommiſſo, qui nihil acceperunt à teſtatore, vel ſi acceperunt aliquid, non erat pretio æſtimabile, vt libertas; num. 1168.

Si teſtator rem hæreditariam per fideicommiſſum reliquerit ab aliqua perſona, quam in ea re non honorauit,

rauit, an tale fideicommiſſum valeat, quaſi tacitè eum perſonam honorare voluerit in tali re? ibid.

Pater non poteſt grauare filium impuberem vltra bona, quæ ei reliquit, numer. 1169.

An, & qua ratione poſsit pater grauare filium in legitima, num. 1170.

Illis tantùm poteſt relinqui fideicommiſſum, qui poſſunt inſtitui hæredes, numer. 1171.

1160 QVod attinet ad perſonam, quæ Fideicommiſſariam ſubſtitutionem facere poteſt, definitum eſt ab Vlpiano *in l. 2. ff. de Legat.* 1. eos demum fideicommittere poſſe, qui jus teſtandi habent: quæ regula procedit ſiue jure communi, ſiue ſolo jure militari teſtari poſsint, *l. 1. §. Hoc autem, ff. Ad Trebel.* Non oportet autem, quòd de facto poſsint teſtamentum facere; nam etiam, qui ob aliquod impedimentum facti teſtari nequit, fideicommittere poterit in codicillis, *l. Conficiuntur, in princip. ff. de Iure codicil.* Dictum verò jus teſtandi abſque vlla fallentia requiritur, ſaltem tempore mortis; nam ſiue in teſtamento, ſiuè in codicillis fideicommiſſum relictum ſit, omni caſu oportet fideicommittentem habuiſſe tempore mortis factionem teſtamenti actiuam; alioqui fideicommiſſum, etiam codicillis relictum interibit, *l. 1. §. 2. ff. de Leg. 3. & l. Diui, §. Codicillos, & d. l. Conficiuntur, §. Codicilli, ff. de Iure codicil.* Vtrum autem requiratur etiam tempore quo fideicommittitur? Diſtinguendum eſt, nam ſi fideicommiſſum relinquitur in teſtamento, neceſſe eſt vt tunc etiam habuerit teſtator jus teſtandi, alioqui fideicommiſſum non conualeſcit, *d. l. 1. §. 1. ff. de Legat.* 3. Si verò relinquatur in codicillis, licèt etiam tali caſu non valeat; tamen ſi poſtea fideicommittens fiat teſtabilis, & durante eadem voluntate decedat, conualeſcet & valebit ipſum fideicommiſſum, *dict. l. 1. §. 1.* vbi quoad hoc conſtituitur differentia inter fideicommiſſum relictum in teſtamento, & relictum in codicillis: neque id mirum, cùm codicilli tantam ſolemnitatem non poſtulent; requiritur tamen aliquod indicium; quo noua fideicommittentis voluntas, ſeu perſeuerantia in priori voluntate, oſtendatur: in dubio enim non præſumitur durare. Sic cum Gloſſ. Dyno, Barthol. & cæteris omnibus *in dict. §. 1.* notat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 1. numer. 8. fine,* per text *in l. Qui ex liberis, §. Teſtamento, ff. de Bonor. poſſeſſ. ſecund. tab. & in §. Non tantum, Inſt. Quibus mod. teſtam. infirm.*

Prædicta regula procedit etiam in iis 1161
qui pro alijs teſtari poſſunt. Nam hi etiam pro eis fideicommittere poſſunt, ſicut poſſent illi, ſi teſtandi haberent facultatem: veluti pater pro filio impubere, quem habet in poteſtate. Sic poſt Aret. & Ripam, Peregrin. *dict. art. 1. num.* 9. juxta text. *in l. Si fundum per fideicommiſſum, §. fin. & ll. ſeqq. ff. de Leg. 1. & in l. Si arrogator, ff. de Adoption.*

Cui autem perſonæ fieri poſsit Fidei- 1162
commiſſaria; ſeu (vt jus loquitur) à qua perſona poſsit relinqui fideicommiſſum, ſcilicet, reſtituendum? Reſpondetur, relinqui poſſe ab omnibus, quibus teſtator dat, vel non adimit *d. l. 1. §. Sciendum, ff. de Leg.* 3. Et quantum cuique datur, tantum, & non amplius ab eo relinqui poteſt, *§. 1. Inſt. de Singul. reb. per fideicommiſſ. relict. l. Ab eo, Cod. de Fideicommiſſ. l. Sed & ſi, 6. ff. de Legat.* 3. Vnde fideicommiſſo grauari poſſunt, non ſolùm hæredes, ſed etiam legatarij & fideicommiſſarij, idque ſiue ex teſtamento, ſiue ex codicillis fuerint beneficiati, *l. Vt hæredibus, ff. de Leg. 2. l. 1. §. fin. Cod. Commun. de leg. l. vnica, §. Quod ſi in medio, Cod. de Caduc. tol. d. l. 1. §. Hoc autem, ff. de Leg. 3. §. 1. & 2. Inſt. de Singul. reb. per fideicommiſſ. relict.* Item & hæredes legitimi, ſeu ab inteſtato. Poteſt namque inteſtatus grauare in codicillis eum, vel eos, ad quos bona ſua jure legitimo, vel

honorario, detinuerint, vt hæreditatem ſuam totam, vel partem ejus, aut rem aliquam certam, alicui reſtituant, §. *Præterea, Inſtit. de Fideicommiſſar. hæredit.* Cum enim teſtando potuerit eis adimere, hoc ipſo quod non ademerit, cenſetur ſponte illis relinquere hæreditatem, *l. Conficiuntur, in princip. ff. de Iure codicil.* Idque ſufficit, vt in ea, vel parte ejus illos poſsit grauare, *d. l.* 1. §. *Sciendum, ff. de Leg.* 3. Vnde etiam pater teſtando, vel codicillando pro filio, poteſt fideicommiſſo grauare ejus ſucceſſores ab inteſtato, ſiquidem potuiſſet alium prorſus extraneum pupillo ſubſtituere, text. *in d. l. Si fundum per fideicommiſſum, §. fin. & ll. ſeqq. ff. de Leg.* 1, & *in l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Tale autem fideicommiſſum, perueniente pupillo ad pubertatem, expirat, cùm in ea ætate non poſsit pater pro filio teſtari, & ſic nec fideicommittere, vt in dictis textibus habetur.

1163 Hinc etiam grauari poſſunt fideicommiſſo hæres hæredis, & hæres fideicommiſſarij, & legatarij, quemadmodum ſui auctores, à quibus cauſam habent, & quorum ſubeunt locum, *l. Si fuerit, & l. Sed, & ſi ſic, ff. de Leg.* 3. vbi Barthol. & alij. Hoc autem procedit, quando tales hæredes ſub nomine appellatiuo, *hæredis*, non cùm ſub nomine proprio, vel cùm legitimi hæredes grauantur, nam ſub his terminis fideicommiſſum non valebit, vt ex eodem Barthol. declarat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 1. *num.* 18. & eſt caſus, *in d. l. Sed & ſi ſic, §.* 1. atque ibi notatur, & latiùs *in l. Cum filiofamilias, ff. de Leg.* 1. vbi maximè DD. laborant in reddenda ratione diuerſitatis: eam tamen aſsignat Peregrin. *citat.* quia in primo caſu, cùm teſtator non grauet determinatam perſonam, ſed quæcumque futura ſit hæres, & certum ſit hæredem ſcriptum, aut fideicommiſſarium habiturum eſſe poſt mortem ſuam aliquem hæredem, aut qui vices hæredis agat, videtur talis hæres capere ex tacito judicio teſtatoris, qui teſtator poſſet impedire ne ille caperet; ſiquidem poſſet grauare ſuum immediatum hæredem vel fideicommiſſarium, vt alteri bona ſua reſtitueret, & ideò merito ipſum hæredem hæredis, vel fideicommiſſarij, aut legatarij grauare poteſt, juxta ſupra dicta *numer. præced.* In poſteriori autem caſu, cùm grauetur certa perſona nominatim, aut hæres legitimus, qui etiam eſt perſona determinata, non eſt certum, quòd talis perſona ſucceſſura ſit primo hæredi, vel legatario, & ideò licèt reipſa illi ſuccedat, videtur ſuccedere caſu & fortunâ, ſcilicet ex facto, vel permiſſione primi hæredis, non ex judicio teſtatoris, vt dicitur, *in l.* 1. §. *Non ſolum, ff. Vt leg. ſeu fideicommiſſ. nomine caueatur*, & ideò grauari nequit juxta regulam *d. l. Ab eo, Cod. de Fideicommiſſ. & d. l. Sed & ſi ſic, ad finem.*

Aduerte autem, hæredem hæredis non poſſe in plus grauari, quàm ipſum primum hæredem, quia ejus perſonam repræſentat, *l. Hæres, & hæreditas, ff. de Vſucap. &* §. 1. *Auth. de Iurejur. à mor. præſt.* & quia in ejus locum ſubrogatur, & ſubſtitutus non poteſt in plus grauari, *l. Qui fundum*, §. *Qui filios, ff. Ad l. Falcid.* Atque ita Barthol. *in l. Si fuerit, ff. de Leg.* 3. & Peregrin. *dict. art.* 1. *numer.* 19. & *art.* 12. *num.* 23. 1164

Grauari etiam ex eodem fundamento poſſunt ij, quibus ex perſona hæredis ſcripti, vel legatarij, aut fideicommiſſarij, acquiritur; vt quia eſt ſeruus, aut monachus, aut filius in poteſtate; quo caſu grauari poteſt dominus, monaſterium, vel pater, quibus ex illorum perſonis acquiritur. Sic Peregr. *dict. art.* 1. *numer.* 20. per *dict. l. Cum filiofamilias, ff. de Leg.* 1. vbi eſt caſus, & DD. latè. Ratio patet, quia his etiam datur, aut non adimitur, per teſtatorem. 1165

Denique etiam donatarij cauſâ mortis fideicommiſſo grauari poſſunt, *dict. l. vnica*, §. *Quòd ſi in medio, Cod. de Caduc. toll.* Donatio enim cauſâ mortis legatum eſt, *l. Et fideicommiſſum, ff. de Leg.* 3. vnde & in ea locum habet Falcidia, *l. Si mortis, & l. In* 1166

do-

donationibus, Cod. Ad leg. Falcid. Hoc autem procedit, & certum eſt quando donatio mortis cauſâ,& ſubſtitutio donatarium grauans facta eſt abſque ſtipulatione (ideſt non interueniente acceptatione) & ab habente jus teſtandi, tunc enim ſubſtitutio illa eſt proprium fideicommiſſum: Barth. *in l. 1. ff. de Donat. cauſ. mort.* & eſt caſus *in l. Cum pater, §. Eorum, ff. de Leg. 2. & in l. Ab eodem, Cod. de Fideicommiſſ.* Atque ita cum Socin. Menoch. & alijs, Peregrin. *d. art. 1. num. 11.* Quando autem ſtipulatio interuenit, tunc etiam ſubſtitutio eſt vtilis, vel in vim Vulgaris, ſi donator promiſit ſubſtituto, quod tunc, non capiente donatario, capiet ſubſtitutus, prout eſt caſus *in l. Vt hæredibus, ff. de Leg. 2.* vel in vim obliquę, ſi ſolus donatarius ſubſtituto promiſit; quia tunc ſubſtitutus capiet de illius manu. Cæterùm capiente ipſo donatario, non capiet ſubſtitutus de manu illius per fideicommiſſum; nam fideicommiſſa contractibus non conſtituuntur, vt per *l. Verba contraxerunt, ff. de Verbor. ſignif.* & *l. Quidam cum filium, ff. de Hæred. inſtitut.* ſed aget ſubſtitutus ex pacto, vel ex ſtipulatu aduerſus promiſſorem, & ejus hæredes; prout hæc omnia latiùs tradit Peregrin. *d. art. 1. num. 12.*

1167 Item, ſi donatio cauſâ mortis facta fuiſſet à non habente jus teſtandi, vt ſi facta eſſe à filiofam. de conſenſu patris (quo caſu non poteſt valere jure fideicommiſſi: Barth. & cæteri *in l. 1. ff. de Donat. cauſâ mort. & in l. 1. Cod. eod. tit.*) tunc quidem ſi donatio, & ſubſtitutio facta ſit præſenti, interueniente acceptatione, vtilis ſimiliter erit ſubſtitutio, & competet ſubſtituto actio ex pacto. Si verò ſubſtitutio facta ſit abſenti, vel non nato, non valebit in vim fideicommiſſi, at poterit valere in vim pacti ex beneficio *l. Quoties, Cod. de Donation. quæ ſub modo*, quam legem etiam in donatione cauſâ mortis locum habere ad fauorem ſubſtituti, licèt nemine pro eo ſtipulante, docet cum Salic. Paul. de Caſtr. Socin. Ruin. & alijs Gabr. *conſil. 16. numer. 20.* Et hæc omnia magis explicat Peregrin. *ſupra, numer. 13. & 14.*

Porrò, qui neque hæreditatem, neque legatum, neque fideicommiſſum, aut donationem cauſâ mortis acceperunt, fideicommiſſo grauari non poſſunt, *d. l. Ab eo, Cod. de Fideicommiſſ. & dict. l. Sed & ſi ſic, ff. de Leg. 3.* Neque etiam grauari poſſunt qui aliquid acceperunt ex teſtamento, ſi non ſit pretio æſtimabile, vt ſi accepta ſit libertas, vel quid ſimile, *l. Planè ſi filium, §. fin. ff. de Leg. 1.* Præterea ſi teſtator rem hæreditariam per fideicommiſſum reliquerit ab aliqua perſona, quam in ea re non honorauit, tale fideicommiſſum eſt inualidum, nec ſuſtinebitur ex aliqua tacita voluntate teſtatoris, quaſi tacitè voluerit eam rem legare illi perſonę, & ſic ab ea vt legataria fideicommiſſum relinquere: talis enim voluntas, ſeu legatum tacitum ad fauorem grauati, minimè in eo caſu intelligitur, vt probat text. *in l. Cum quaſi, §. Si plures, ff. de Fideicommiſſar. libert. & in dict. l. Sed & ſi ſic, ff. de Leg. 3.* & docet Peregrin. *dict. art. 1. numer. 21.* licèt concurrentibus alijs conjecturis contrarium videatur ſenſiſſe Corn. *in dict. l. Ab eo*, & ante eum Paul. Caſtr. *conſil. 263. verſ. Nec obſtat. lib. 2.* 1168

Ad hæc, licèt pater poſſit grauare hæredem filij impuberis, etiam in bonis quæ filius habuit aliunde, quàm ab ipſo patre, eo quod potuerit illi adimere, ſubſtituendo pupillariter alterum, vt per ſupradicta; attamen non poteſt grauare ipſum filium impuberem vltra bona, quæ ei reliquit, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari, & l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Barthol. *in l. 2. ff. de Legat. 1.* 1169

Neque etiam poteſt filius grauari fideicommiſſo in legitima ſibi debita, quia eam habet à lege, neque pater eam adimere aut minuere poteſt, *l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. teſtam.* & alijs juribus. Si tamen pater filium grauet in legitima de illius cōſenſu, vel filius 1170

id poſtea approbet, non poterit illam detrahere, quod quando procedat, & quomodo ſit intelligendum? Alibi tractandum eſt, & videri præ alijs poteſt Fuſar. *de Subſtitut. q. 296. à num. 89.* vbi latè id explicat.

1171 Quod tandem ſpectat ad perſonam, in cujus fauorem Fideicommiſſaria poteſt fieri, vno verbo ſatisfit, ſcilicet, eis ſolùm poſſe per Fideicommiſſariam relinqui, cum quibus teſtamenti factio eſt, ideſt, qui teſtamento poſſunt inſtitui hæredes: conſtat hoc per text. *in §. Legari, Inſt. de Legat. juncta, l. 1. ff. de Leg. 1.* & notat Donel. *de Iure ciuili, lib. 7. cap. 16.* Qui autem ſint, cum quibus eſt factio teſtamenti? Reſpondetur eſſe omnes, qui per leges excluſi non ſunt. Excluduntur autem multi quos recenſet Gloſ. *in d. §. Legari,* & nos ſequenti diſput. ex profeſſo explicabimus.

§. 4. *Quàm neceſſaria ſit aditio hæreditatis, vt Fideicommiſſaria ſubſtitutio vim habeat?*

SUMMARIUM.

Fideicommiſſa non debentur, ſi hæreditas defuncti fideicommittentis non adeatur, & cur hoc? n. 1172.

Fideicommiſſa particularia ſuſtinentur abſque aditione, quando hæres recuſat adire, eoquod teſtator ei prohibuerit deducere Falcidiam, num. 1173. Vtrum idem ſit dicendum in fideicommiſsis vniuerſalibus, quando hæres recuſat adire, eoquod ſibi prohibita ſit detractio Trebellianicæ? num. 1174.

Libertas Fideicommiſſaria effectum ſortiri poteſt, licèt hæreditas non adeatur, & qua ratione id fiat? num. 1175.

Similiter ſuſtinentur fideicommiſſa ad cauſas pias, num. 1176.

Relicta in teſtamento militis, etiam non adita hæreditate, ſuſtinentur, numer. 1177.

Fideicommiſſaria ſubſtitutio in teſtamento militis continet tacitam Vulgarem, ſicut Pupillaris expreſſa, ibid.

Niſi ex teſtamento adeatur hæreditas, inualida ſunt fideicommiſſa, & cætera omnia in ipſo teſtamento contenta, numer. 1178. Cur non debebuntur, ſaltem ex tacita voluntate teſtatoris ab hæredibus ab inteſtato hæreditatem adeuntibus? num. 1179.

Si teſtari valens fideicommiſſum conſtituat, nullo hærede inſtituto, tale fideicommiſſum non debetur, num. 1180.

Non valet fideicommiſſum relictum in teſtamento, in quo hæres habeatur pro non ſcripto, vt quia non ſit in rerum natura, vel quia incapax ſuccedendi, vt damnatus in metallum, vel deportatus, vel monachus Ordinis Minorum, numer. 1181. Vtrum onus fideicommiſsi talibus injunctum tranſeat ad vulgariter ſubſtitutum, vel cohæredem? ibid. remiſsiuè.

Subſtitutio Fideicommiſſaria perit quando inſtitutio hæredis fuit caducata, moriente inſtituto ante teſtatorem, & quomodo id ſit intelligendum? numer. 1182.

Perit etiam Fideicommiſſaria, ſi inſtitutio hæredis fiat quaſi caduca, vt quia inſtitutus ſub conditione mortuus eſt ante conditionem purificatam, numer. 1183.

Fideicommiſſa, & cætera in teſtamento diſpoſita corruunt, ſi inſtitutus moriatur non adita hæreditate, nec ad hæredes transmiſſâ. Et quomodo id intelligatur? num. 1184.

Quando legata & fideicommiſſa relicta in teſtamento repetita ſunt ab hæredibus ab inteſtato, non corruunt, inſtituto non adeunte, ſed debentur ab hæredibus ab inteſtato, qui hæreditatem obtinuerint, num 1185. In quibus caſibus repetita cenſeantur ab hæredibus ab inteſtato? ibid. remiſsiuè. Si neque hæredes ab inteſtato hæreditatem adeant, corruunt, num. 1186. An ſufficiat hæreditatem in dictis caſibus adiri per hæredes legitimos ſecundi, aut inferio-

ferioris gradus, anterioribus repudiantibus? num. 1187. & ſeq.

Quando bona teſtatoris occupantur à Fiſco, eoquod neque hæredes ſcripti, neque legitimi hæreditatem adierunt, non tenetur Fiſcus præſtare legata & fideicommiſſa in teſtamento relicta, numer. 1189.

1172 REgula notiſsima in præſenti eſt, fideicommiſſa non deberi ſi hæreditas defuncti fideicommittentis non adeatur, ac proinde, vt Fideicommiſſaria vim habeat, & vtilis ſit, neceſſariam omnino eſſe hæreditatis aditionem. Ita DD. omnes per text. *in l. Quia poterat, & in l. Ille, à quo, §. Si de teſtamento, ff. Ad Trebel. cum concord.* ineſt enim tacita conditio fideicõmiſsis, *Si hæreditas adita ſit.* Nam cùm teſtator per fideicommiſſum jubeat hæreditatem ſuam, vel aliquam ejus partem reſtitui, neceſſe eſt vt ipſa hæreditas priùs acquiratur grauato, ad hoc vt eam reſtituere poſsit; non enim poteſt reſtitui, niſi quod ad aliquem peruenit, *l. 20. §. 1. ff. de Petit. hæred.* neque obligari qui nihil accepit, *l. Abeo, 9. Cod. de Fideicommiſſ.* hæreditas autem non niſi per aditionem acquiritur, & ſic neceſſaria omnino eſt aditio, vt fideicommiſſum effectum habere poſsit. Nec dicas, quòd nemine acquirente hæreditatem poterit dari curator ipſi hæreditati jacenti, & tunc ab eo curatore poſſe ac debere fideicommiſſum reſtitui. Hoc enim dici non poteſt, quia hæreditas jacens non ſuſtinet vices heredis, ſed teſtatoris defuncti, *l. Hæres, & hæreditas, ff. de Vſucap.* teſtator autem proprijs legatis & fideicommiſsis non obligatur, *l. Non minus, §. fin. ff. de Hæred. inſtit. & l. Legatum, §. Alienus, ff. de Leg. 1.* & ita ſubtiliter notauit Baldus *in l. Eam quam, ſub num. 5. Cod. de Fideicommiſſ.* atque ex eo Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. num. 90.*

1173 Aliqui tamen ſunt caſus, in quibus fideicommiſſum ſuſtinetur, licèt neque heres teſtamentarius, neque legitimus, ſeu ab inteſtato, hæreditatem adeat: quos caſus recenſet Barthol. *in d. l. Eam quam, ſub num. 4. Cod. de Fideicommiſſ.* Primus eſt, quando hæres recuſat adire hæreditatem, eoquod teſtator ei prohibuerit detrahere Falcidiam: tunc enim ſtatim fit locus fideicommiſſarijs, legatarijs, & alijs perſonis enumeratis *in §. Si verò expreſsim, Auth. de Hæred. & Falcid. cap. 2. fine,* vbi ſpeciali fauore id conceditur legatarijs & fideicõmiſſarijs particularibus.

1174 Vtrum autem locum etiam id habeat in fideicommiſſarijs vniuerſalibus, quando hæres grauatus recuſat adire, eoquod ſibi fuerit prohibita detractio Trebellianicæ? Negant aliqui, ea ratione; quia quando hæres grauatus fideicõmiſſo Vniuerſali adire recuſat, poteſt cogi à fideicõmiſſario vt adeat; & ſic non oportet vt tali fideicõmiſſario ſuccurratur per priuilegiũ ſpeciale, ſicut ſuccurritur legatarijs & fideicommiſſarijs particularibus; cùm hi non poſsint cogere hæredem grauatum vt adeat: vnde ſi lex in dicto caſu eis non ſuccurreret, omnino illis relictum intercideret, contra teſtatoris voluntatem. Ita ſentiunt Bald. *in l. Filium quem habentem, num. 41. Cod. famil. erciſc.* Ripa *in l. Nemo poteſt, num. 46. ff. de Leg. 1.* Crot. *ibid. num. 33.* & alij apud Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. numer. 92.* Contrarium tamen tenet Gloſ. *in d. §. Si verò expreſsim, verb. Subſtitutis,* & Barthol. *ſupra, num. 5.* quia Falcidia, & Trebellianica ſunt ſimiles in effectu, & de vna fit argumentum ad aliam, vt *in l. Marcellus, §. Quod autem, ff. Ad Trebel.* Arguit etiam pro hac parte Peregrin. *ſupra,* quia text. *in d. §. Si verò expreſsim,* fouet etiam fideicommiſſarios vniuerſales, quatenus ſe refert ad ſuperiorem deciſionem *in §. Siquis verò non implens:* vnde fortè dici poſſet, inquit citatus Doctor, quod accedente expreſſa prohibitione Trebellianicæ, conceſſum eſt fideicommiſſario vniuerſali rectà viâ hæreditatem adire, omiſſo coactionis circuitu, quando ob eam prohibitionem hæres declarat nolle ſe ſe hæreditati immiſcere. Quæ quidem ſententia eſt probabilis.

1175 Secundus caſus eſt, in fideicommiſſo libertatis. Nam ſi Fideicommiſſaria libertas relicta ſit in teſtamento, vel ab inteſtato in codicillis, & hæreditas non adeatur, poteſt ille, cui libertas eſt relicta, vel alius, petere ſibi addici bona defuncti, & ſatisfacere creditoribus, eritque tanquam ſucceſſor ipſius defuncti, & ſerui, quibus libertas directò, vel per fideicommiſſum eſt relicta, erunt liberi, etiamſi bona jam fuerint per Fiſcum occupata; prout hæc omnia expreſsè habentur ex conſtitutione D. Marci, *Inſtit. de Eo cui libertas cau bon addic.*

1176 Tertius caſus eſt, in fideicommiſsis ad pias cauſas. Quia hęc etiam non pereunt, licèt neque hæres teſtamentarius, neque ab inteſtato hæreditatem adeat, nam tunc etiam peti poteſt addictio ad eorum conſeruationem, ſicut in fideicommiſſo libertatis, de quo proximè dictum eſt. Valet namque argumentum à libertate ad cauſam piam, quando de fauore illius agitur. Atque ita cum Barthol. Angel. Fulgoſo, Imola, Cumano, & alijs docet Peregrin. *d. art. 2. numer. 33.* & nos etiam latiùs tradidimus *diſp. 2. ſect. 9. §. 5. numer. 361.*

1177 Quartus caſus eſt, in relictis in teſtamento militis. Nam jure ſpeciali conſtitutum eſt, vt relicta in militis teſtamento, non adita hæreditate per illius hæredes, debeantur jure directo legatarijs & fideicommiſſarijs, tam particularibus, quàm vniuerſalibus, *l. Miles ita, §. fin. & l. Neque enim, §. fin.* & ibi Barthol. *ff. de Milit. teſtament. & l. Antoninus, ff. de Fideicommiſſ. libert.* & hæc eſt ratio, cur in teſtamentis militum ceſſat Falcidia, & Trebellianica, *l. Marcellus, §. Quod autem, ff. Ad Trebel. & l. In teſtamento, Cod. de Teſtament. milit.* Quam rationem aduertit Ripa *in l. 1. §. In filijs, numer. 7. & §. Denique, numer. 2. ff. Ad Trebel.* & eſſe veriſsimam profitetur Peregrin. *d. art. 2. num. 36.* quia alioqui illud priuilegium redundaret in odium ipſorum militum. Vnde notat vlteriùs idem Peregrin. *num. 93.* cum Barthol. Baldo, Angelo, *in d. l. Neque enim*, & multis alijs, imò & cum communi, quòd in teſtamento militis Fideicommiſſaria ſubſtitutio continet tacitam Vulgarem, ſicut Pupillaris expreſſa. Quo argumento idem poteſt admitti in fideicommiſsis vniuerſalibus relictis ad piam cauſam, vt cum alijs notat Tiraquel. *tract. de Priuileg. cauſæ piæ, priuileg. 6.* & tradit etiam Peregrin. *ſub d. num. 93.*

Cæterùm, quod maximè in præſenti explicare intendimus eſt, quàm neceſſaria ſit aditio hæreditatis ex teſtamento, ad hoc vt fideicommiſſum in ipſo teſtamento relictum debeatur? Hac igitur in re generalis regula eſt, quòd niſi ex teſtamento adeatur hęreditas, inualida ſunt fideicommiſſa, & cætera omnia in ipſo teſtamento relicta, *l. Si nemo, 9. ff. de Teſtamentaria tutela, l. Si nemo, ff. de Regul. jur. cum concordantib.* & ita DD. omnes. Et ratio eſt primò, quia ſi ex teſtamento non adeatur hęreditas, teſtamentum redditur nullum, & ſine viribus, *§. Poſteriore quoque in fine, Inſt. Quibus mod teſtament. infirm.* Ergo irrita etiam manent fideicommiſſa in eo relicta: quia nihil in teſtamento valet, quoties ipſum teſtamentum non valet, *l. 1. §. 1. ff. de Leg. 3.* Secundò, quia per fideicommiſſum in teſtamento relictum ſolùm grauatur fides hæredis ſcripti, ſeu teſtamentarij: is autem, ſi non adeat, nullam contrahit obligationem, cùm non reſultet ille quaſi contractus, ex quo hæres obligatur fideicommiſſarijs, *§. Hæres, Inſtit. de Obligat. quæ ex quaſi contr.* 1178

Dices, quòd euaneſcente inſtitutione, & redactâ ad cauſam inteſtati ob defectum aditionis ex teſtamento, fideicommiſſa in eo relicta debebuntur ab hæredibus ab inteſtato adeuntibus, ex tacita voluntate teſtatoris, quæ ſufficit ad fideicommiſſum inducendum, vt conſtat ex dictis §. 2. *num.* 1151. *& ſeqq.* nam ſi teſtator hęredem ſcriptum ſibi magis dilectum grauauit, à fortiori intelligitur voluiſſe grauare venientes ab inteſtato, ad *l. Publius, §. 1. ff. de Condit. & demonſtr.* quo argumenti genere ſæpe DD. vtuntur in materia Fideicommiſſariæ. Reſponde- 1179

detur, argumentum in præſenti non valere; quia non omnis ſucceſſor, & hæres fideicommiſſo tenetur, ſed qui ſuccedit ex iudicio & voluntate teſtatoris; & non fortuito ex ſola legis auctoritate & prouidentia, prout regulariter ſuccedunt venientes ab inteſtato, *l. Si fuerit, ff. de Leg. 3. l. Sed & ſi ſic, §. 1.* & ibi Barthol. *ff. eod.* Atque ita reſpondet Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. num. 13.*

1180 Hinc colliges primò, ſi teſtari volens fideicommiſſum conſtituat, nullo hærede inſtituto, tale fideicommiſſum non deberi; quia non eſt perſona hæredis, à qua deberi poſsit: & quia ſine inſtitutione hæredis ſcriptura teſtamenti eſt nulla, & ſic nihil in ea relictum valet, *§. In primis, Inſtit. de Fideicommiſſ. hæred. l. Proximè, ff. de His quæ in teſtament. delen.* Intellige autem, niſi fuerit adhibita clauſula Codicillaris in ea diſpoſitione, nam tunc vim codicilli habebit, & debebuntur fideicommiſſa ab hæredibus ab inteſtato, vt eſt notiſsimum.

1181 Colliges ſecundò, non valere etiam fideicommiſſum relictum in teſtamento, in quo hæres habeatur pro non ſcripto, vt quia non ſit in rerum natura, vel quia incapax ſuccedendi, vt damnatus in metallum, vel deportatus, vel monachus Ordinis Minorum; quia tunc etiam non eſt hæredis perſona, à qua debeatur, *l. Si in metallum, ff. de His qui pro non ſcript. l. Quidam referunt, ff. de Iure codicil. l. 1. Cod. de Hæred. inſtit.* Barthol. *in l. Eam, quam, ſub num. 5.* & ibi Bald. *numer. 18. Cod de Fideicommiſſ* Peregrin. *d. art. 2. num. 9. & 79.* & Fuſar. *de Subſtitut. q. 566. num. 4.* Vtrum autem onus fideicommiſsi injunctum dictis hæredibus ab initio incapacibus, & habitis pro non ſcriptis, tranſeat ad vulgariter ſubſtitutos, vel cohæredes, ſi illos habeant? non leuis difficultas eſt, quam benè differit Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 16. num. 61. & ſeq.* illum videas.

1182 Colliges tertiò, perire quoque ſubſtitutionem Fideicommiſſariam, quando inſtitutio hæredis fuit caducata, moriente inſtituto ante teſtatorem. Peregrin. *d. art. 2. num. 10.* & cum alijs Fuſar. *d. q. 566. num. 8.* Id verò intellige, niſi inſtitutus haberet ſubſtitutum vulgarem, vel cohæredem; nam tunc portio inſtituti prædefuncti tranſibit ad ſubſtitutum, vel cohæredem, cum onere fideicommiſsi vniuerſalis illi inſtituto injuncti, *l. vnica, §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. tol.* latè Peregrin. *d. art. 2. num. 79. & art. 16. num. 62.* Notat etiam Fuſar. *citat.* ex Odd. *conſil. 10. num. 56.* quòd quando inſtitutio dicto modo fuit caducata, & teſtator ſuperuiuens non potuit prouidere, ſubſtitutus fideicommiſſarius ſuccedet per Vulgarem, ex præſumpta teſtatoris voluntate. Quæ ſententia mihi videtur valde ſingularis, & parum tuta.

1183 Colliges quartò, ſi inſtitutio hæredis fiat quaſi caduca; vt quia hæres inſtitutus ſub conditione mortuus eſt ante conditionem purificatam, tunc etiam fideicommiſſum ab eo relictum euaneſcere, *l. vnica, §. Sin autem ſub conditione, Cod. de Caduc. tol. & l. Sed & ſi alio, §. fin.* & ibi Barthol. & alij *ff. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art. 2. num. 11.* & Fuſar. *d. q. 566. numer. 10.*

1184 Colliges quintò, corruere etiam fideicommiſſum, & cætera in teſtamento diſpoſita, ſi inſtitutus poſt delatam ſibi hæreditatem moriatur, eâ non aditâ; nec ad hæredes tranſmiſſâ; quòd tunc nemo ſit, qui ex teſtamento poſsit adire & reſtituere, *l. Ille à quo, §. Si de teſtamento,* & ibi Gloſ. Barthol. *num. 2.* Roman. *num. 6.* Imola *num. 5.* Alex. *num. 7.* & alij *ff. Ad Trebel. l. Eam quam,* & ibi Bald. *num. 3.* Iaſ. *num. 10. Cod. de Fideicommiſſ.* Ant. Gom. *Variar. reſol. tom. 1. cap. 5. num. 8.* & cum alijs Peregrin. *d. art. 2. numer. 12.* & Fuſar. *d. q. 566. num. 11.* Id verò intellige, niſi inſtitutus moreretur poſtquam judicis præcepto juſſus fuiſſet adire; nam tunc licèt morte præuentus non adiuerit, hæreditas tamen quoad fideicommiſſum confirmandum habetur pro adita, *l. Non juſtam,* vbi Barthol. & DD. communiter, *Cod. Ad Trebel.* Gloſ. *in l. Ille à quo, §. Si de teſtamento,* & ibi omnes, *ff. Ad Trebel.* Barthol. *in l. Eam*

quam

meros referens *de Subſtitut. q. 276. numer.* 1. & probatur per text. *in l. Cum proponebatur, & in l. Qui ſolidum, §. 1. & in l. Vnum ex familia, §. vltim. ff. de Leg. 2. & in l. Cum virum, Cod. de Fideicommiſſ. & in l. Cum quæſtio, in fine, Cod. de Legat. & ſimil.*

1152 Oportet autem, vt conjecturæ ſint vrgentes, & neceſſariò concludentes, aut ſaltem multùm probabiles, ad hoc vt fideicommiſſum inducant: Bald. *in d. l. Cum virum, num.* 20. *Cod. de Fideicommiſſ.* & ibi Coraſ. *num.* 11. *&* 97. Alciat. *in l. Filiusfamil. §. Divi, num.* 22. *& num.* 53. *ff. de Leg.* 1. Jaſ. *in l. Non poteſt, numer.* 8. *ff. de Vulgari*, & poſt multos alios Maſcard. *de Probation. concluſ.* 774. *numer.* 4. vbi teſtatur de communi, Mantitica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 8. *tit.* 1. *ſub num.* 23. Menoch. *d. præſumpt.* 67. *ſub num.* 8. Peregrin. *de Fideicom. art.* 11. *num.* 39. & Fuſar. plurimos referens *d. q.* 276. *num.* 4. Ratio eſt, quia bona teſtatoris] præſumuntur relicta hæredi abſque vllo onere, aut vinculo fideicommiſsi, vt multis probat Menoch. *d. præſumpt.* 67. *num.* 1. *& ſeqq.* & conſtat per *l. Quidam cùm filium*, vbi Bald. *in fine, ff. de Hæred. inſtitut.* & per *l. Gallus, §. Quidam rectè, ff. de Liber. & poſthum.* Vnde alleganti fideicommiſſum incumbit onus id probandi, vt eſt recepta omnium ſententia, & conſtat per *l. Titia cum teſtamento, §. Caius Seius, ff. de Leg. 2. & per l. Lucius Titius, §. Lucius Titius, ff. eod.* probatio autem vt ſit efficax, debet concludere neceſſariò, aut ſaltem præſumptiuè, juris præſumptione, quæ transferat onus probandi in aduerſarium, (hæc enim pro liquida probatione habetur, vt notatur *in l. Licet Imperator, ff. de Leg.* 1. *& in l. Neque natales, de Probation.*) ergo vt ex conjectura cenſeatur relictum eſſe fideicommiſſum, debet talis conjectura eſſe concludens neceſſariò, aut ſaltem ita probabilis juris præſumptione, vt euellat contrariam præſumptionem, qua hæres aliàs ſe tueri poſſet.

1153 Non deſunt tamen qui velint, etiam conjecturas leues, & quomodolibet probabiles, ſufficientes eſſe. Hujus ſententiæ fuerunt Alex. *conſil.* 100. *num.* 5. *lib.* 4. Socin. jun. *conſil.* 181. *num.* 2. *lib.* 2. Ripa *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, numer.* 17. *& ſeqq. ff. Ad Trebel.* & ibi Zanch. *num.* 133. & alij non pauci, quos refert Fuſar. *d. q.* 271, *num.* 5. At hæc ſententia non eſt tuta, & refellitur efficaciter ex fundamento addicto pro contraria communi. Placet tamen conciliatio, quam cum Petro Antonio Petra, & Peregrino approbat Fuſar. *ſupra, num.* 6. dicens, quòd aut loquimur de fideicommiſſo inducendo de nouo, ſeu à principio, & tunc procedit ſententia communis: aut loquimur de fideicommiſſo jam inducto, de quo non liquido conſtat, vtrùm ad aliquam certam perſonam, vel perſonas, aut in longiùs tempus protendatur? Et tunc procedit hæc poſterior ſententia.

Illud etiam non omittendum, quòd vt 1154 ex conjecturis inducatur fideicommiſſum, debent eſſe conjecturæ approbatæ, vel adminiculatæ per legem, itaut magnam ſaltem ſimilitudinem habeant cum ijs, quas jus approbauit, & non ſufficiat ſola hominis præſumptio, aut conjectura. Ita poſt alios Menoch. *d. præſumpt.* 67. *numer.* 10. *&* 11. Peregrin. *d. art.* 11. *numer.* 43. *& ſeq* & Fuſar. plures referens *d. q.* 276. *num.* 7. Ratio eſt, quia humanæ conjecturæ ſunt fallaces, & ſæpe reperiuntur falſæ: ergo propter illas, niſi legis auctoritate munitæ ſint, non licet inducere fideicommiſſum, contra juris præſumptionem, quam hæres pro ſe habet, quòd bona ei fuerunt relicta libera, *vt ſup. numer.* 1151. notatum eſt. Nonnulli tamen apud Fuſar. *citat.* opinantur ſolam hominis præſumptionem ſufficere. Quæ quidem opinio, ſi intelligatur de præſumptione ex conjectura clara, ex qua fideicommittendi voluntas neceſſariò inferatur, etiam à Peregrino admittitur, *d. art.* 11. *numer.* 44. *ad fin.* & quidem meritò; vbi verò conjectura non fuerit adeò clara & vehemens, à ſuperiori reſolutione recedendum non eſt.

Adhuc verò duplex circa prędicta eſt 1155 du-

dubitatio. Prima eſt, vtrum conjecturæ fidei[illegible]mmiſſum inducentes ſumi debeant ex verbis teſtamenti, vel poſsint etiam aliunde d[illegible]ſumi? Multi ſentiunt, debere ſ[illegible]x verbis teſtamenti. Ita B[illegible]ld *in l* 1 [illegible]*er*. 10. *Cod. de His qui ante aper tab. & in l. ſi pater*, q 4. *C[illegible] de Inſtit* Socin. jun. *in l. Hæred[illegible]*, § *Cum ita*, *num*. 10. *ff. Ad Trebel* Hieron. Gabriel *conſil* 121. *num*. 36 [illegible] 1. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib*. 8. *num*. 20. & cum multis alijs Fuſar. *d. q*. 276. *num*. 9. Dicendum nihilominus [illegible]ſt, quod ſi aliunde probari poſsit, teſtatorem voluiſſe fideicommittere, ea conjectura, ſeu probatio, ſufficit ad fideicommiſſum inducendum, licèt ex teſtam[illegible]nto id non colligatur. Ita Socin. ſen. *in l. In ambiguo, col. vltim. ff. de Rebus dub*. Præxis *lib*. 3. *de Interpret. vltim. volunt interpret*. 3 *dub*. 1. *ſolut*. 12. *numer*. 4 Menoch *d præſumpt*. 67. *numer* 17 & [illegible] *d. Subſtitut cent* 3. *quæſt* 72 *num*. 23 [illegible] diſſentit Fuſar. *ſup. num* 11. Probatur in [illegible] per text. *in l. Cum proponebatur, ff de Leg* 2. *& fortius in l. Quoties*, §. 1. *ff. de Hæred. inſtitut*. Probatur prætereà ſimili; primò, quia ſic dicitur, quod ex dictis extra teſtamentum colligitur voluntas teſtatoris, qua mater pupilli per tacitam Pupillar m excludatur, vt tradunt Barthol *in l. In principio, numer*. 4. *ff. de Vulgari, & ibidem* Ripa *numer*. 52. & Socin. jun. *num*. 112. Secundo, quia ſic etiam dicitur, quod vt ſit locus tranſmiſsioni, ſatis eſt voluntas teſtatoris intellecta extra teſtamentum, vt tenent S[illegible] jun. *conſil* 167 *col* 3. *lib*. 2. Rub. *conſil*. 8 *in fine*, & Paris. *conſil*. [illegible] *num*. 17 [illegible] 3 prout eos refert, & ſequitur Menoch. [illegible] *ſup* Quot autem teſtes requirantur ad probandam ſubſtitutionem Fideicommiſſariam in teſtamento omiſſã? Videatur Fuſar *de Subſt q* 283.

1156 Altera dubitatio eſt, vtrum fideicommiſſum inducatur, quando à teſtatore nihil fuit diſpoſitum, ſed tamen veriſimile eſt, quòd ſi cogitaſſet, ita diſpoſuiſſet [illegible] fideicommiſiſſet? Reſpondet [illegible] poſt alios, Menoch. *d præſum*[illegible]. 57. *num*. 18. & poſſunt etiam adduci [illegible] alij, quos congerit Mantica *de Conj*[illegible] *vltim. vol. lib*. 3. *tit*. 19 *num*. 4. [illegible] tes, quòd diſpoſitio teſtat[illegible] porrig[illegible] ad caſum à teſt[illegible]tore non cogitatum, quando eſt veroſimile, quod ſi [illegible] let, idem quoque diſpoſuiſſet Hæc tamen reſolutio non eſt tuta, nec admittenda, vt bene cum alijs conſiderat Fuſar *d. q*. 27[illegible] *numer*. 13 quia voluntas, quam teſtator habiturus eſſet ſi aduertiſſet, non eſt voluntas, cum nunquam reipſa extiterit, & ideo nullum effectum producere poteſt.

Quod autem communiter circumfertur, haberi pro diſpoſito, quod teſtator veriſimiliter diſpoſuiſſet, ſi interrogatus fuiſſet, tunc ſolùm procedit quando id venit in man[illegible], & neceſſariam conſequentiam eorum quæ teſt[illegible] diſpoſuit, itaut aliàs teſtatoris diſpoſitio [illegible] effectum non conſequeretur, v[illegible] Per grin. *de Fideicommiſſ. art* 11 *num*. 29 *& ſeqq* maximè *numer*. 32 tunc [illegible] m ſeu virtualiter habuit teſtator voluntatem de præſenti, circa id quod non expreſsit, vtpotè quod in expre[illegible] v[illegible] & diſpoſitis, aliquo modo [illegible]; in noſtro autem caſu nullam voluntatem, neque tacitè, neque expreſse teſtator habuit, ſed [illegible] tantùm terminis loquimur, vt v. g. quando veroſimile eſt, quo teſtator aliquid tibi reliquiſſet, ſi ſciret te in [illegible] & hujuſmodi veroſimilitudinem dicimus non ſufficere ad fideicommiſſum inducendum Illud tamen cum Peregrino, & alijs quos refert *ſub d. numer*. 32. *verſ*. *Hæc tamen* li[illegible] mitto, ſcilicet, ex veroſimili [illegible] ſolere (& debere [illegible]) interpretationem [illegible] fid[illegible]commiſſum, vt per *l. Cum re[illegible] ff de Leg* 1. [illegible] *l. Cum in teſtamento, ff de Reb. dub* [illegible] *Cohæred*, §. *Quis patrem, ff de Vulg*.

Conſequens erat vt hoc [illegible] trad[illegible] 1158
[illegible] particulari [illegible] quibus [illegible] S[illegible] quia [illegible] m [illegible] vaſta,

vaſta, nec ad noſtrum inſtitutum ſpectans, ſatius viſum eſt eam omittere, præſertim cum jam in ſuperioribus non paucæ hujuſmodi conjecturæ à nobis ſint traditæ. Cęterùm qui maiorem earum notitiam deſideret, conſulat vltra alios Menoch *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 68. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 277. qui præcipuas penè omnes ſub vno veluti aſpectu ſubjiciunt.

1159 Denique cùm ad conjecturam, & præſumptionem fideicommiſsi capiendam plurimùm conferat ſcire an fideicommiſſum ſit fauorabile, nec ne? Magna circa hoc apud DD. eſt diſceptatio, vt videre eſt apud Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 1. numer.* 23. *& ſeqq.* Fuſar. *de Subſtitut. q.* 290 & alios. At neque in hoc immorandum eſt, ſed reſolutiue dicendum cum Menoch. *de Præſumption. lib. 4. præſumpt. 67. numer.* 20. *& ſeqq.* quòd aut ſumus in caſu, quo clarè & manifeſtè conſtat teſtatorem voluiſſe pro certis caſibus & perſonis fideicommiſſum conſtituere, & tunc fideicommiſſum eſt fauorabile, ſiquidem agitur de obſeruanda ipſius teſtatoris voluntate, cujus obſeruatio eſt fauorabilis, vt probat text. *in Inſt. de Fideicommiſſ. hæred. in princ.* ibi; *Tantuſq; fauor eorum factus eſt, &c.* & fac. t. *l. Cogi, in princip. ff. Ad Trebel.* vbi cum teſtator enixè rogaſſet, peculium ſuum reſtitui, & dubitatum eſſet, an in tali fidei commiſſo contineretur ſola pecunia, vel tota ſucceſsio, reſpondit Vlpianus, totam ſucceſsionem contineri, permiſſus ea ratione; ne intercidat fideicommiſſum. Aut ſumus in dubio, an teſtator reliquerit, vel non reliquerit fideicommiſſum, & tunc fideicommiſſum non præſumitur, nec eſt fauorabile, ſed odioſum, cum ſit onus & grauamen hæredis, qui præſumitur non eſſe grauatus à teſtatore, vt *ſupra, numer.* 1151. præſertim cùm hæc diſtinctio à multis etiam aliis apud [illegible] Menochium approbatur.

§. 3. *A quo, cui, & in cujus fauorem poſſit fieri ſubſtitutio Fideicommiſſaria?*

SUMMARIUM.

Illi tantùm poſſunt fideicommittere, qui jure teſtari poſſunt: & vtrum oporteat vt tam tempore mortis, quàm tempore, quo fideicommittunt, factionem actiuam teſtamenti habeant? num. 1160.

Qui pro alijs teſtari poſſunt, pro illis etiam poſſunt fideicommittere, num. 1161.

Fideicommiſſum relinqui poteſt ab omnibus quibus teſtator dat, vel non adimit: & quantum cuique datur, tantum, & non amplius ab eo relinqui poteſt, num. 1162.

Etiam ab hæredibus ab inteſtato poteſt quis fideicommittere in codicillis, ibidem.

Pater teſtando, vel codicillando pro filio, poteſt fideicommiſſo grauare ejus ſucceſſores ab inteſtato. Et quandiu tale fideicommiſſum duret? ead. num. 1162.

Etiam hæres hæredis, & hæres fideicommiſſarij, & legatarij, poſſunt fideicommiſſo grauari, & quomodo id ſit intelligendum? num. 1163.

Hæres hæredis non poteſt in plus grauari, quam ipſe primus hæres, num. 1164.

Poſſunt etiam grauari fideicommiſſo ij, quibus ex perſona hæredis ſcripti, vel legatarij acquiritur, vt dominus cui acquiritur per ſeruum, &c. num. 1165.

Etiam donatarij cauſâ mortis poſſunt fideicommiſſo grauari, & quomodo id intelligatur? num. 1166. *& ſeq.*

Non poſſunt grauari fideicommiſſo, qui nihil acceperunt à teſtatore, vel ſi acceperunt aliquid, non erat pretio æſtimabile, vt libertas, num. 1168.

Si teſtator rem hæreditariam per fideicommiſſum reliquerit ab aliqua perſona, quam [illegible] re non honorauit,

rauit, an tale fideicommiſſum valeat, quaſi tacitè eam perſonam honorare voluerit in tali re? ibid.

Pater non poteſt grauare filium impuberem vltra bona, quæ ei reliquit, numer. 1169.

An, & qua ratione poſsit pater grauare filium in legitima, num. 1170.

Illis tantùm poteſt relinqui fideicommiſſum, qui poſſunt inſtitui hæredes, numer. 1171.

1160 QVod attinet ad perſonam, quæ Fideicommiſſariam ſubſtitutionem facere poteſt, definitum eſt ab Vlpiano *in l.* 2. *ff. de Legat.* 1. eos demum fideicommittere poſſe, qui jus teſtandi habent: quæ regula procedit ſiue jure communi, ſiue ſolo jure militari teſtari poſsint, *l.* 1. *§. Hoc autem, ff. Ad Trebel.* Non oportet autem, quòd de facto poſsint teſtamentum facere; nam etiam, qui ob aliquod impedimentum facti teſtari nequit, fideicommittere poterit in codicillis, *l. Conficiuntur, in princip. ff. de Iure codicil.* Dictum verò jus teſtandi abſque vlla fallentia requiritur, ſaltem tempore mortis; nam ſiue in teſtamento, ſiue in codicillis fideicommiſſum relictum ſit, omni caſu oportet fideicommittentem habuiſſe tempore mortis factionem teſtamenti actiuam; alioqui fideicommiſſum, etiam codicillis relictum interibit, *l.* 1. *§.* 2. *ff. de Leg.* 3. *& l. Diui, §. Codicillos, & d. l. Conficiuntur, §. Codicilli, ff. de Iure codicil.* Verum autem requiratur etiam tempore quo fideicommittitur? Diſtinguendum eſt, nam ſi fideicommiſſum relinquitur in teſtamento, neceſſe eſt vt tunc etiam habuerit teſtator jus teſtandi, alioqui fideicommiſſum non conualeſcit, *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. de Legat.* 3. Si verò relinquatur in codicillis, licèt etiam tali caſu non valeat; tamen ſi poſtea fideicommittens fiat teſtabilis, & durante eadem voluntate decedat, conualeſcet & valebit ipſum fideicommiſſum, *dict. l.* 1. *§.* 1. vbi quoad hoc conſtituitur differentia inter fideicommiſſum relictum in teſtamento, & relictum in codicillis: neque id mirum, cùm codicilli tantam ſolemnitatem non poſtulent; requiritur tamen aliquod indicium; quo noua fideicommittentis voluntas, ſeu perſeuerantia in priori voluntate, oſtendatur: in dubio enim non præſumitur durare. Sic cum Gloſſ. Dyno, Barthol. & cæteris omnibus *in dict. §.* 1. notat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 1. *numer.* 8. *fine,* per text *in l. Qui ex liberis, §. Teſtamento, ff. de Bonor. poſſeſſ. ſecund. tab. & in §. Non tantum, Inſt. Quibus mod. teſtam. infirm.*

Prædicta regula procedit etiam in ijs 1161
qui pro alijs teſtari poſſunt. Nam hi etiam pro eis fideicommittere poſſunt, ſicut poſſent illi, ſi teſtandi haberent facultatem: veluti pater pro filio impubere, quem habet in poteſtate. Sic poſt Aret. & Ripam, Peregrin. *dict. art.* 1. *num.* 9. juxta text. *in l. Si fundum per fideicommiſſum, §. fin. & ll. ſeqq. ff. de Leg.* 1. *& in l. Si arrogator, ff. de Adoption.*

Cui autem perſonæ fieri poſsit Fidei- 1162
commiſſaria, ſeu (vt jus loquitur) à qua perſona poſsit relinqui fideicommiſſum, ſcilicet, reſtituendum? Reſpondetur, relinqui poſſe ab omnibus, quibus teſtator dat, vel non adimit, *l.* 1. *§. Sciendum, ff. de Leg.* 3. Et quantum cuique datur, tantum, & non amplius ab eo relinqui poteſt, *§.* 1. *Inſt. de Singul. reb. per fideicommiſſ. relict. l. Ab eo, Cod. de Fideicommiſſ. l. Sed & ſi,* 6. *ff. de Legat.* 3. Vnde fideicommiſſo grauari poſſunt, non ſolùm hæredes, ſed etiam legatarij & fideicommiſſarij, idque ſiue ex teſtamento, ſiue ex codicillis fuerint beneficiati, *l. Vt hæredibus, ff. de Leg.* 2. *l.* 1. *§. fin. Cod. Commun. de leg. l. vnica, §. Quod ſi in medio, Cod. de Caduc. tol. d. l.* 1. *§. Hoc autem, ff. de Leg.* 3. *§.* 1. *&* 2. *Inſt. de Singul. reb. per fideicommiſſ. relict.* Item & hæredes legitimi, ſeu ab inteſtato. Poteſt namque inteſtatus grauare in codicillis eum, vel eos, ad quos bona ſua jure legitimo, vel

honorario, deuenerint, vt hæreditatem ſuam totam, vel partem ejus, aut rem aliquam certam, alicui reſtituant, §. *Præterea, Inſtit. de Fideicommiſſar. hæredit.* Cum enim teſtando potuerit eis adimere, hoc ipſo quod non ademerit, cenſetur ſponte illis relinquere hæreditatem, *l. Conficiuntur, in princip. ff. de Iure codicil.* Idque ſufficit, vt in ea, vel parte ejus illos poſsit grauare, *d. l. 1. §. Sciendum, ff. de Leg. 3.* Vnde etiam pater teſtando, vel codicillando pro filio, poteſt fideicommiſſo grauare ejus ſucceſſores ab inteſtato, ſiquidem potuiſſet alium prorſus extraneum pupillo ſubſtituere, text. *in d. l. Si fundum per fideicommiſſum, §. fin. & ll. ſeqq. ff. de Leg. 1, & in l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Tale autem fideicommiſſum, perueniente pupillo ad pubertatem, expirat, cùm in ea ætate non poſsit pater pro filio teſtari, & ſic nec fideicommittere, vt in dictis textibus habetur.

1163 Hinc etiam grauari poſſunt fideicommiſſo heres hæredis, & hæres fideicommiſſarij, & legatarij, quemadmodum ſui auctores, à quibus cauſam habent, & quorum ſubeunt locum, *l. Si fuerit, & l. Sed, & ſi ſic, ff. de Leg. 3.* vbi Barthol. & alij. Hoc autem procedit, quando tales heredes ſub nomine appellatiuo, *hæredis*, non cùm ſub nomine proprio, vel cùm legitimi hæredes grauantur, nam ſub his terminis fideicommiſſum non valebit, vt ex eodem Barthol. declarat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 1. num.* 18. & eſt caſus, *in d. l. Sed & ſi ſic, §. 1.* atque ibi notatur, & latiùs *in l. Cum filiofamilias, ff. de Leg. 1.* vbi maximè DD. laborant in reddenda ratione diuerſitatis: eam tamen aſsignat Peregrin. *citat.* quia in primo caſu, cùm teſtator non grauet determinatam perſonam, ſed quæcumque futura ſit hæres, & certum ſit hæredem ſcriptum, aut fideicommiſſarium habiturum eſſe poſt mortem ſuam aliquem hæredem, aut qui vices hæredis agat, videtur talis hæres capere ex tacito judicio teſtatoris, qui teſtator poſſet impedire ne ille caperet, ſiquidem poſſet grauare ſuum immediatum hæredem vel fideicommiſſarium, vt alteri bona ſua reſtitueret, & ideò meritò ipſum hæredem hæredis, vel fideicommiſſarij, aut legatarij grauare poteſt, juxta ſupradicta *numer. præced.* In poſteriori autem caſu, cùm grauetur certa perſona nominatim, aut hæres legitimus, qui etiam eſt perſona determinata, non eſt certum, quòd talis perſona ſucceſſura ſit primo hæredi, vel legatario, & ideò licèt reipſa illi ſuccedat, videtur ſuccedere caſu & fortunâ, ſcilicet ex facto, vel permiſſione primi hæredis, non ex judicio teſtatoris, vt dicitur, *in l. 1. §. Non ſolum, ff. Vt leg. ſeu fideicommiſſ. nomine caueatur*, & ideò grauari nequit juxta regulam *d. l. Ab eo, Cod. de Fideicommiſſ. & d. l. Sed & ſi ſic, ad finem.*

Aduerte autem, hæredem hæredis 1164
non poſſe in plus grauari, quàm ipſum primum hæredem, quia ejus perſonam repræſentat, *l. Hæres, & hæreditas, ff. de Vſucap. & §. 1. Auth. de Iurejur. à mor. præſt.* & quia in ejus locum ſubrogatur, & ſubſtitutus non poteſt in plus grauari, *l. Qui fundum, §. Qui filios, ff. Ad l. Falcid.* Atque ita Barthol. *in l. Si fuerit, ff. de Leg. 3.* & Peregrin. *dict. art. 1. numer. 19. & art. 12. num. 23.*

Grauari etiam ex eodem fundamen- 1165
to poſſunt ij, quibus ex perſona hæredis ſcripti, vel legatarij, aut fideicommiſſarij, acquiritur; vt quia eſt ſeruus, aut monachus, aut filius in poteſtate, quo caſu grauari poteſt dominus, monaſterium, vel pater, quibus ex illorum perſonis acquiritur. Sic Peregr. *dict. art. 1. numer. 20.* per *dict. l. Cum filiofamilias, ff. de Leg. 1.* vbi eſt caſus, & DD. latè. Ratio patet, quia his etiam datur, aut non adimitur, per teſtatorem.

Denique etiam donatarij cauſâ mor- 1166
tis fideicommiſſo grauari poſſunt, *dict. l. vnica, §. Quòd ſi in medio, Cod. de Caduc. toll.* Donatio enim cauſâ mortis legatum eſt, *l. Et fideicommiſſum, ff. de Leg. 3.* vnde & in ea locum habet Falcidia, *l. Si mortis, & l. In* do-

donationibus, Cod. Ad leg. Falcid. Hoc autem procedit, & certum eſt quando donatio mortis cauſâ, & ſubſtitutio donatarium grauans facta eſt abſque ſtipulatione, (idest non interueniente acceptatione) & ab habente jus teſtandi, tunc enim ſubſtitutio illa eſt proprium fideicommiſſum: Barth. in l. 1. ff. de Donat. cauſ. mort. & eſt caſus in l. Cum pater, §. Eorum, ff. de Leg. 2. & in l. Ab eodem, Cod. de Fideicommiſſ. Atque ita cum Socin. Menoch. & alijs, Peregrin. d. art. 1. num. 11. Quando autem ſtipulatio interuenit, tunc etiam ſubſtitutio eſt vtilis, vel in vim Vulgaris, ſi donator promiſit ſubſtituto; quod tunc, non capiente donatario, capiet ſubſtitutus, prout eſt caſus *in l. Vt hæredibus ff. de Leg. 2.* vel in vim obliquæ, ſi ſolus donatarius ſubſtituto promiſit; quia tunc ſubſtitutus capiet de illius manu. Cæterùm capiente ipſo donatario, non capiet ſubſtitutus de manu illius per fideicommiſſum; nam fideicommiſſa contractibus non conſtituuntur, vt per *l. Verba contraxerunt, ff. de Verbor. ſignif.* & *l. Quidam cum filium, ff. de Hæred. inſtitut.* ſed aget ſubſtitutus ex pacto, vel ex ſtipulatu aduerſus promiſſorem, & ejus hæredes; prout hæc omnia latiùs tradit Peregrin. *d. art.* 1. *num.* 12.

1167 Item, ſi donatio cauſâ mortis facta fuiſſet à non habente jus teſtandi, vt ſi facta eſſe à filiofam. de conſenſu patris (quo caſu non poteſt valere jure fideicommiſſi: Barth. & cæteri *in l. 1. ff. de Donat. cauſâ mort. & in l. 1. Cod. eod. tit.*) tunc quidem ſi donatio, & ſubſtitutio facta ſit præſenti, interueniente acceptatione, vtilis ſimiliter erit ſubſtitutio, & competet ſubſtituto actio ex pacto. Si verò ſubſtitutio facta ſit abſenti, vel non nato, non valebit in vim fideicommiſſi, at poterit valere in vim pacti ex beneficio *l. Quoties, Cod. de Donation. quæ ſub modo*, quam legem etiam in donatione cauſâ mortis locum habere ad fauorem ſubſtituti, licèt nemine pro eo ſtipulante, docet cum Salic. Paul. de Caſtr. Socin. Ruin. & alijs Gabr. *conſil.* 16. *numer.* 20. Et hæc omnia magis explicat Peregrin. *ſupra, numer.* 13. *&* 14.

Porrò, qui neque hæreditatem, neque legatum, neque fideicommiſſum, aut donationem cauſâ mortis acceperunt, fideicommiſſo grauari non poſſunt, *d. l. Ab eo, Cod. de Fideicommiſſ. & dict. l. Sed & ſi ſic, ff. de Leg.* 3. Neque etiam grauari poſſunt qui aliquid acceperunt ex teſtamento, ſi non ſit pretio æſtimabile, vt ſi accepta ſit libertas, vel quid ſimile, *l. Planè ſi filium, §. fin. ff. de Leg.* 1. 1168 Præterea ſi teſtator rem hæreditariam per fideicommiſſum reliquerit ab aliqua perſona, quam in ea re non honorauit, tale fideicommiſſum eſt inualidum, nec ſuſtinebitur ex aliqua tacita voluntate teſtatoris, quaſi tacitè voluerit eam rem legare illi perſonę, & ſic ab ea vt legataria fideicommiſſum relinquere: talis enim voluntas, ſeu legatum tacitum ad fauorem grauati, minimè in eo caſu intelligitur, vt probat text. *in l. Cum quaſi, §. Si plures, ff. de Fideicommiſſar. libert. & in dict. l. Sed & ſi ſic, ff. de Leg.* 3. & docet Peregrin. *dict. art.* 1. *numer.* 21. licèt concurrentibus alijs conjecturis contrarium videatur ſenſiſſe Corn. *in dict. l. Ab eo*, & ante eum Paul. Caſtr. *conſil.* 263. *verſ. Nec obſtat. lib.* 2.

Ad hæc, licèt pater poſſit grauare hæredem filij impuberis, etiam in bonis quæ filius habuit aliunde, quàm ab ipſo patre, eo quod potuerit illi adimere, ſubſtituendo pupillariter alterum, vt per ſupradicta; attamen non poteſt grauare ipſum filium impuberem vltra bona, quæ ei reliquit, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari, & l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Barthol. *in l.* 2. *ff. de Legat.* 1. 1169

Neque etiam poteſt filius grauari fideicommiſſo in legitima ſibi debita, quia eam habet à lege, neque pater eam adimere aut minuere poteſt, *l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. teſtam.* & alijs juribus. Si tamen pater filium grauet in legitima de illius cōſenſu, vel filius 1170

id poſtea approbet, non poterit illam detrahere, quod quando procedat, & quomodo ſit intelligendum? Alibi tractandum eſt, & videri præ alijs poteſt Fuſar. *de Subſtitut. q.* 296. *à num.* 89. vbi latè id explicat.

1171 Quod tandem ſpectat ad perſonam, in cujus fauorem Fideicommiſſaria poteſt fieri, vno verbo ſatisfit, ſcilicet, eis ſolùm poſſe per Fideicommiſſariam relinqui, cum quibus teſtamenti factio eſt, ideſt, qui teſtamento poſſunt inſtitui hæredes: conſtat hoc per text. *in* §. *Legari, Inſt. de Legat. juncta, l.* 1. *ff. de Leg.* 1. & notat Donel. *de Iure ciuili, lib.* 7. *cap.* 16. Qui autem ſint, cùm quibus eſt factio teſtamenti? Reſpondetur eſſe omnes, qui per leges excluſi non ſunt. Excluduntur autem multi quos recenſet Gloſ. *in d.* §. *Legari,* & nos ſequenti diſput. ex profeſſo explicabimus.

§. 4. *Quàm neceſſaria ſit aditio hæreditatis, ut Fideicommiſſaria ſubſtitutio vim habeat?*

SUMMARIUM.

Fideicommiſſa non debentur, ſi hæreditas defuncti fideicommittentis non adeatur, & cur hoc? n. 1172.

Fideicommiſſa particularia ſuſtinentur abſque aditione, quando hæres recuſat adire, eo quod teſtator ei prohibuerit deducere Falcidiam; num. 1173. *Vtrum idem ſit dicendum in fideicommiſsis vniverſalibus, quando hæres recuſat adire, eo quod ſibi prohibita ſit detractio Trebellianicæ? num.* 1174.

Libertas Fideicommiſſaria effectum ſortiri poteſt, licèt hæreditas non adeatur, & qua ratione id fiat? num. 1175.

Similiter ſuſtinentur fideicommiſſa ad cauſas pias; num. 1176.

Relicta in teſtamento militis, etiam non adita hæreditate, ſuſtinentur; numer. 1177.

Fideicommiſſaria ſubſtitutio in teſtamẽto militis continet tacitam Vulgarem, ſicut Pupillaris expreſſa; ibid.

Niſi ex teſtamento adeatur hæreditas, inualida ſunt fideicommiſſa, & cætera omnia in ipſo teſtamento contenta; numer. 1178. *Cur non debebuntur, ſaltem ex tacita voluntate teſtatoris ab hæredibus ab inteſtato hæreditatem adeuntibus? num.* 1179.

Si teſtari volens fideicommiſſum conſtituat, nullo hærede inſtituto, tale fideicommiſſum non debetur; num. 1180.

Non valet fideicommiſſum relictum in teſtamento, in quo hæres habeatur pro non ſcripto, vt quia non ſit in rerum natura, vel quia incapax ſuccedendi, vt damnatus in metallum, vel deportatus, vel monachus Ordinis Minorum; numer. 1181. *Vtrum onus fideicommiſsi talibus injunctum tranſeat ad vulgariter ſubſtitutum, vel cohæredem? ibid. remiſsiuè.*

Subſtitutio Fideicommiſſaria perit quando inſtitutio hæredis fuit caducata, moriente inſtituto ante teſtatorem, & quomodo id ſit intelligendum? numer. 1182.

Perit etiam Fideicommiſſaria, ſi inſtitutio hæredis fiat quaſi caduca, vt quia inſtitutus ſub conditione mortuus eſt ante conditionem purificatam; numer. 1183.

Fideicommiſſa, & cætera in teſtamento diſpoſita corruunt, ſi inſtitutus moriatur non adita hæreditate, nec ad hæredes transmiſſâ. Et quomodo id intelligatur? num. 1184.

Quando legata & fideicommiſſa relicta in teſtamento repetita ſunt ab hæredibus ab inteſtato, non corruunt, inſtituto non adeunte, ſed debentur ab hæredibus ab inteſtato, qui hæreditatem obtinuerint; num. 1185. *In quibus caſibus repetita cenſeantur ab hæredibus ab inteſtato? ibid. remiſsiuè. Si neque hæredes ab inteſtato hæreditatem adeant, corruunt; num.* 1186. *An ſufficiat hæreditatem in dictis caſibus adiri per hæredes legitimos ſecundi, aut inferio-*

Digitized by Google

ferioris gradus, anterioribus repudiantibus? num. 1187. & ſeq.

Quando bona teſtatoris occupantur à Fiſco, eoquod neque hæredes ſcripti, neque legitimi hæreditatem adierunt, non tenetur Fiſcus præſtare legata & fideicommiſſa in teſtamento relicta, numer. 1189.

1172 REgula notiſsima in præſenti eſt, fideicommiſſa non deberi ſi hæreditas defuncti fideicommittentis non adeatur, ac proinde, vt Fideicommiſſaria vim habeat & vtilis ſit, neceſſariam omnino eſſe hæreditatis aditionem. Ita DD. omnes per text. *in l. Quia poterat, & in l. Ille à quo, §. Si de teſtamento, ff. Ad Trebel. cum concord.* ineſt enim tacita conditio fideicõmiſsis, *Si hæreditas adita ſit.* Nam cùm teſtator per fideicommiſſum jubeat hæreditatem ſuam, vel aliquam ejus partem reſtitui, neceſſe eſt vt ipſa hæreditas priùs acquiratur grauato, ad hoc vt eam reſtituere poſsit: non enim poteſt reſtitui, niſi quod ad aliquem peruenit, *l. 20. §. 1. ff. de Petit. hæred.* neque obligari qui nihil accepit, *l. Ab eo, 9. Cod. de Fideicommiſſ.* hæreditas autem non niſi per aditionem acquiritur, & ſic neceſſaria omnino eſt aditio, vt fideicommiſſum effectum habere poſsit. Nec dicas, quòd nomine acquirente hæreditatem poterit dari curator ipſi hæreditati jacenti, & tunc ab eo curatore poſſe ac debere fideicommiſſum reſtitui. Hoc enim dici non poteſt, quia hæreditas jacens non ſuſtinet vices heredis, ſed teſtatoris defuncti, *l. Hæres, & hæreditas, ff. de Vſucap.* teſtator autem proprijs legatis & fideicommiſsis non obligatur, *l. Non minus, §. fin. ff. de Hæred. inſtit. & l. Legatum, §. Alienus, ff. de Leg. 1.* & ita ſubtiliter notauit Baldus *in l. Eam quam, ſub num. 5. Cod. de Fideicommiſſ.* atque ex eo Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. num. 90.*

1173 Aliqui tamen ſunt caſus, in quibus fideicommiſſum ſuſtinetur, licèt neque heres teſtamentarius, neque legitimus, ſeu ab inteſtato, hæreditatem adeat: quos caſus recenſet Barthol. *in d. l. Eam quam, ſub num. 4. Cod. de Fideicommiſſ.* Primus eſt, quando hæres recuſat adire hæreditatem, eoquod teſtator ei prohibuerit detrahere Falcidiam: tunc enim ſtatim fit locus fideicommiſſarijs, legatarijs, & alijs perſonis enumeratis *in §. Si verò expreſſim, Auth. de Hæred. & Falcid. cap. 2. fine,* vbi ſpeciali fauore id conceditur legatarijs & fideicõmiſſarijs particularibus.

Verum autem locum etiam id habeat
in fideicommiſſarijs vniuerſalibus, quan- 1174
do hæres grauatus recuſat adire, eoquod ſibi fuerit prohibita detractio Trebellianicæ? Negant aliqui, ea ratione, quia quando hæres grauatus fideicõmiſſo Vniuerſali adire recuſat, poteſt cogi à fideicõmiſſario vt adeat; & ſic non oportet vt tali fideicõmiſſario ſuccurratur per priuilegiũ ſpeciale, ſicut ſuccurritur legatarijs & fideicommiſſarijs particularibus; cùm hi non poſsint cogere hæredem grauatum vt adeat: vnde ſi lex in dicto caſu eis non ſuccurreret, omnino illis relictum intercideret, contra teſtatoris voluntatem. Ita ſentiunt Bald. *in l. Filium quem habentem, num. 41. Cod. famil. erciſc.* Ripa *in l. Nemo poteſt, num. 46. ff. de Leg. 1.* Crot. *ibid. num. 33.* & alij apud Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. numer. 92.* Contrarium tamen tenet Gloſ. *in d. §. Si verò expreſſim, verb. Subſtitutis,* & Barthol. *ſupra, num. 5.* quia Falcidia, & Trebellianica ſunt ſimiles in effectu, & de vna fit argumentum ad aliam, vt *in l. Marcellus, §. Quod autem, ff. Ad Trebel.* Arguit etiam pro hac parte Peregrin. *ſupra,* quia text. *in d. §. Si verò expreſſim,* fouet etiam fideicommiſſarios vniuerſales, quatenus ſe refert ad ſuperiorem deciſionem *in §. Siquis verò non implens:* vnde fortè dici poſſet, inquit citatus Doctor, quod accedente expreſſa prohibitione Trebellianicæ, conceſſum eſt fideicommiſſario vniuerſali rectà viâ hæreditatem adire, omiſſo coactionis circuitu, quando ob eam prohibitionem hæres declarat nolle ſe ſe hæreditati immiſcere. Quæ quidem ſententia eſt probabilis.

1175 Secundus caſus eſt, in fideicommiſſo libertatis. Nam ſi Fideicommiſſaria libertas relicta ſit in teſtamento, vel ab inteſtato in codicillis, & hæreditas non adeatur, poteſt ille, cui libertas eſt relicta, vel alius, petere ſibi addici bona defuncti, & ſatisfacere creditoribus, eritque tanquam ſucceſſor ipſius defuncti; & ſerui, quibus libertas directò, vel per fideicommiſſum eſt relicta, erunt liberi, etiamſi bona jam fuerint per Fiſcum occupata; prout hæc omnia expreſsè habentur ex conſtitutione D. Marci, *Inſtit. de Eo cui libertas cau. bon. addic.*

1176 Tertius caſus eſt, in fideicommiſsis ad pias cauſas. Quia hęc etiam non pereunt, licèt neque hæres teſtamentarius, neque ab inteſtato hæreditatem adeat; nam tunc etiam peti poteſt addictio ad eorum conſeruationem, ſicut in fideicommiſſo libertatis, de quo proximè dictum eſt. Valet namque argumentum à libertate ad cauſam piam, quando de fauore illius agitur. Atque ita cum Barthol. Angel. Fulgoſo, Imola, Cumano, & alijs docet Peregrin. *d. art. 2. numer.* 33. & nos etiam latiùs tradidimus *diſp. 2. ſect. 9. §. 5. numer.* 361.

Quartus caſus eſt, in relictis in teſta-
1177 mento militis. Nam jure ſpeciali conſtitutum eſt, vt relicta in militis teſtamento, non adita hæreditate per illius hæredes, debeantur jure directo legatarijs & fideicommiſſarijs, tam particularibus, quàm vniuerſalibus; *l. Miles ita, §. fin. & l. Neque enim, §. fin.* & ibi Barthol. *ff. de Milit. teſtament. & l. Antoninus, ff. de Fideicommiſſ. libert.* & hæc eſt ratio, cur in teſtamentis militum ceſſat Falcidia, & Trebellianica, *l. Marcellus, §. Quod autem, ff. Ad Trebel. & l. In teſtamento, Cod. de Teſtament. milit.* Quam rationem aduertit Ripa *in l. 1. §. In filijs, numer. 7. & §. Deinque, numer. 2. ff. Ad Trebel.* & eſſe veriſsimam profitetur Peregrin. *d. art. 2. num.* 36. quia alioqui illud priuilegium redundaret in odium ipſorum militum. Vnde notat vlteriùs idem Peregrin. *num.* 93. cum Barthol. Baldo, Angelo, *in d. l. Neque enim*, & multis alijs, imò & cum communi, quòd in teſtamento militis Fideicommiſſaria ſubſtitutio continet tacitam Vulgarem, ſicut Pupillaris expreſſa. Quo argumento idem poteſt admitti in fideicommiſsis vniuerſalibus relictis ad piam cauſam, vt cum alijs notat Tiraquel. *tract. de Priuileg. cauſæ piæ, priuileg.* 6. & tradit etiam Peregrin. *ſub d. num.* 93.

Cæterùm, quod maximè in præſenti 1178
explicare intendimus eſt, quàm neceſſaria ſit aditio hæreditatis ex teſtamento, ad hoc vt fideicommiſſum in ipſo teſtamento relictum debeatur? Hæc igitur in re generalis regula eſt, quòd niſi ex teſtamento adeatur hæreditas, inualida ſunt fideicommiſſa, & cætera omnia in ipſo teſtamento relicta, *l. Si nemo, 9. ff. de Teſtamentaria tutela, l. Si nemo, ff. de Regul. jur. cum concordantib.* & ita DD. omnes. Et ratio eſt primò, quia ſi ex teſtamento non adeatur hæreditas, teſtamentum redditur nullum, & ſine viribus, *§. Poſteriore quoque in fine, Inſt. Quibus mod. teſtament. infirm.* Ergo irrita etiam manent fideicommiſſa in eo relicta: quia nihil in teſtamento valet, quoties ipſum teſtamentum non valet, *l. 1. §. 1. ff. de Leg. 3.* Secundò, quia per fideicommiſſum in teſtamento relictum ſolùm grauatur fides hæredis ſcripti, ſeu teſtamentarij: is autem, ſi non adeat, nullam contrahit obligationem, cùm non reſultet ille quaſi contractus, ex quo hæres obligatur fideicommiſſarijs, *§. Hæres, Inſtit. de Obligat. quæ ex quaſi contr.*

Dices, quòd euaneſcente inſtitutione, 1179
& redactâ ad cauſam inteſtati ob defectum aditionis ex teſtamento, fideicommiſſa in eo relicta debebuntur ab hæredibus ab inteſtato adeuntibus, ex tacita voluntate teſtatoris, quæ ſufficit ad fideicommiſſum inducendum, vt conſtat ex dictis *§. 2. num.* 1151. *& ſeqq.* nam ſi teſtator hęredem ſcriptum ſibi magis dilectum grauauit, à fortiori intelligitur voluiſſe grauare venientes ab inteſtato, *ad l. Publius, §. 1. ff. de Condit. & demonſtr.* quo argumenti genere ſæpe DD. vtuntur in materia Fideicommiſſariæ. Reſponde-

detur, argumentum in præſenti non valere; quia non omnis ſucceſſor, & hæres fideicommiſſo tenetur, ſed qui ſuccedit ex iudicio & voluntate teſtatoris, & non fortuito ex ſola legis auctoritate & prouidentia, prout regulariter ſuccedunt venientes ab inteſtato, *l. Si fuerit, ff. de Leg.* 3. *l. Sed & ſi ſic*, §. 1. & ibi Barthol. *ff. eod.* Atque ita reſpondet Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 2. *num.* 13.

1180 Hinc colliges primò, ſi teſtari volens fideicommiſſum conſtituat, nullo hærede inſtituto, tale fideicommiſſum non deberi; quia non eſt perſona hæredis, à qua deberi poſsit: & quia ſine inſtitutione hæredis ſcriptura teſtamenti eſt nulla, & ſic nihil in ea relictum valet, §. *In primis, Inſtit. de Fideicommiſſ. hæred. l. Proximè, ff. de His quæ in teſtament. delen.* Intellige autem, niſi fuerit adhibita clauſula Codicillaris in ea diſpoſitione, nam tunc vim codicilli habebit, & debebuntur fideicommiſſa ab hæredibus ab inteſtato, vt eſt notiſsimum.

1181 Colliges ſecundò, non valere etiam fideicommiſſum relictum in teſtamento, in quo hæres habeatur pro non ſcripto, vt quia non ſit in rerum natura, vel quia incapax ſuccedendi, vt damnatus in metallum, vel deportatus, vel monachus Ordinis Minorum; quia tunc etiam non eſt hæredis perſona, à qua debeatur, *l. Si in metallum, ff. de His qui pro non ſcript. l. Quidam referunt, ff. de Iure codicill. l.* 1. *Cod. de Hæred. inſtit.* Barthol. *in l. Eam, quam, ſub num.* 5. & ibi Bald. *numer.* 18. *Cod. de Fideicommiſſ.* Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 9. & 79. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 566. *num.* 4. Vtrum autem onus fideicommiſsi iniunctum dictis hæredibus ab initio incapacibus, & habitis pro non ſcriptis, tranſeat ad vulgariter ſubſtitutos, vel cohæredes, ſi illos habeant? non leuis difficultas eſt, quam benè differit Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 16. *num.* 61. & *ſeq.* illum videas.

1182 Colliges tertiò, perire quoque ſubſtitutionem Fideicommiſſariam, quando inſtitutio hæredis fuit caducata, moriente inſtituto ante teſtatorem. Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 10. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 566. *num.* 8. Id verò intellige, niſi inſtitutus haberet ſubſtitutum vulgarem, vel cohæredem; nam tunc portio inſtituti prædefuncti tranſibit ad ſubſtitutum, vel cohæredem, cum onere fideicommiſsi vniuerſalis illi inſtituto iniuncti, *l. vnica, §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. tol.* latè Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 79. & *art.* 16. *num.* 62. Notat etiam Fuſar. *citat.* ex Odd. *conſil.* 10. *num.* 56. quòd quando inſtitutio dicto modo fuit caducata, & teſtator ſuperuiuens non potuit prouidere, ſubſtitutus fideicommiſſarius ſuccedet per Vulgarem, ex præſumpta teſtatoris voluntate. Quæ ſententia mihi videtur valde ſingularis, & parum tuta.

Colliges quartò, ſi inſtitutio hæredis fiat quaſi caduca; vt quia hæres inſtitutus ſub conditione mortuus eſt ante conditionem purificatam, tunc etiam fideicommiſſum ab eo relictum euaneſcere, *l. vnica, §. Sin autem ſub conditione, Cod. de Caduc. tol. & l. Sed & ſi alio, §. fin.* & ibi Barthol. & alij *ff. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 11. & Fuſar. *d. q.* 566. *numer.* 10. 1183

Colliges quintò, corruere etiam fideicommiſſum, & cætera in teſtamento diſpoſita, ſi inſtitutus poſt delatam ſibi hæreditatem moriatur; eâ non aditâ, nec ad hæredes tranſmiſſâ; quòd tunc nemo ſit, qui ex teſtamento poſsit adire & reſtituere, *l. Ille à quo, §. Si de teſtamento,* & ibi Gloſ. Barthol. *num.* 2. Roman. *num.* 6. Imola *num.* 5. Alex. *num.* 7. & alij *ff. Ad Trebel. l. Eam quam,* & ibi Bald. *num.* 3. Iaſ. *num.* 10. *Cod de Fideicommiſſ.* Ant. Gom. *Variar. reſol. tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 8. & cum alijs Peregrin. *d. art.* 2. *numer.* 12. & Fuſar. *d. q.* 566. *num.* 11. Id verò intellige, niſi inſtitutus moreretur poſtquam iudicis præcepto juſſus fuiſſet adire; nam tunc licèt morte præuentus non adiuerit, hæreditas tamen quoad fideicommiſſum confirmandum habetur pro adita, *l. Non juſtam,* vbi Barthol. & DD. communiter, *Cod. Ad Trebel.* Gloſ. *in l. Ille à quo, §. Si de teſtamento,* & ibi omnes, *ff. Ad Trebel.* Barthol. *in l. Eam quam* 1184

quam, verſ. Septimus caſus, Cod. de Fideicommiſſ. & ibi Bald. *ſub num.* 15. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 2. *num.* 76.

1185 Fallit autem prædicta regula generalis, quoties legata & fideicommiſſa in teſtamento relicta, inſtituto non adeunte hæreditatem, expreſsè, vel tacitè, aut præſumptiuè repetita ſunt per teſtatorem ab hæredibus legitimis, ſeu ab inteſtato venientibus: quia tunc hujuſmodi hæredes hæreditatem habebunt ex judicio teſtatoris, & ab eis debebitur fideicommiſſum, etiam vniuerſale, *d. Eam quam*, ſecundùm vnum intellectum communiter receptum, & *l. Ex teſtamento, Cod. de Fideicommiſſ. l. Si jure, Cod. de Teſtam. manumiſſ. l. fin. Cod. de Codicil.* Vnde cùm plurimi ſint caſus, in quibus fideicommiſſa à legitimis hæredibus repetuntur, aut repetita cenſentur, multæ quoque prędictæ regulæ ſunt fallentiæ, quas adducit Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 2. *à num.* 16. & magis copioſè Fuſar. *d.q.* 566. *à num.* 15. apud quem cùm facilè videri poſſint, non oportet eas hìc à nobis referri.

1186 Illud tamen aduertendum, quòd licèt in dictis caſibus, in quibus fideicommiſſa repetuntur ab hæredibus legitimis, non oporteat hæreditatem adire per hæredem ſcriptum; attamen neceſſe eſt, vt adeatur per ipſos legitimos: nam ſi à nemine adeatur, omnino euaneſcent fideicommiſſa, juxta regulam traditam initio *hujus* §. prẹterquam in caſibus ibidem exceptis. Id quod in ſpecie notant Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 37. & Fuſar. *d.q.* 566. *num.* 4. cum Gloſ. *in l. Qui filio, §. Seruo, ff. de Hæred. inſtitut.* vbi etiam Barthol. & Imola *num.* 7. idem Barthol. *in l. Si in teſtamento, in princip. ff. Siquis omiſ. cau. teſtam.* Bald. *in d. l. Eam quam, num.* 4. *Cod. de Fideicommiſſ.* & ibi Alber. Paul. de Caſtr. & Iaſ. *numer.* 12. & alij.

1187 Quòd ſi contingat hæreditatem in dictis caſibus non adiri, etiam per hæredes legitimos primi gradus, eoquod illam repudiauerint, vel aliàs ab ea fuerint excluſi, dubiæ quęſtionis eſt, an ſufficiat quòd adeatur per alios poſteriores gradus? Negant Gloſ. *in l. Non juſtum, C. Ad Trebel.* & ibi Bald. & Angel. Barth. *in l. Licèt Imperator*, & ibi Iaſ. *num.* 38. *ff. de Leg.* 1. Paul. de Caſtr. *in l.* 1. *§. fin. ff. de Leg.* 3. Angel. Aret. *Inſt. de Codicil. in princip.* Corn. *Auth. Ex cauſa*, & ibi Iaſ. *in fine, Cod. de Liber. præteritis* per text. *in d. l.* 1. *§. fin. ff. de Leg.* 3. Et prætereà quia poſteriores in gradu non videntur capere in illo euentu ex judicio teſtatoris, ſed quaſi fortuitò: fideicommiſſa verò non debentur ab ijs, qui fortuitò, & non ex judicio teſtatoris, ſuccedunt, *d. l. Si non fuerit, & d. l. Sed & ſi ſic, §.* 1. *ff. de Leg.* 3. & diximus *ſupra, num.* 1179.

1188 Contrarium tamen tenent ſatis probabiliter, & fortè probabilius Peregrin. *d. art.* 2. *ſub num.* 38. & Fuſar. *d. q.* 566 *numer.* 47. poſt Gloſ. *in d. § fin. verb. Non debet*, quia fideicommiſſum repetitum ſimpliciter à legitimis hæredibus, prout in dictis caſibus, à quibuſcumque videtur repetitum, perinde acſi dixiſſet teſtator, quiſquis mihi hæres erit, ejus fidei committo; ad *l. Siquis cùm teſtamentum nullum, in princip. ff. de Iure codicil.* vbi ſub illis verbis concipitur clauſula Codicillaris, quæ repetitionem fideicommiſſorum à legitimis hæredibus importat. Unde non fortuitò, ſed ex judicio teſtatoris, atque adeo cum onere fideicommiſſi hæreditas in dictis caſibus ad remotiores deuoluitur, prioribus in gradu non ſuccedentibus. Neque obſtat tex. *in d. §. fin.* nam loquitur præciſè, quando fideicommiſſum eſt relictum ſpecialiter, & nominatim à primo gradu: quo caſu mirum non eſt, quòd non cenſeatur repetitum à ſecundo gradu. Nam etiam quando fideicommiſſum relinquitur nominatim ab hæredibus ſcriptis, non cenſetur repetitum à ſubſtituto, aut à venientibus ab inteſtato, etiam in caſibus in quibus aliàs repetitum cenſeretur, vt cum Barthol. & multis alijs tradunt Peregrin. *d. art.* 2. *numer.* 39. & Fuſar. *d. q.* 566. *num.* 4. per text. *in l. Celſus, § Quod alicujus, ff. de Leg.* 2. *& in l. Si plures, ff. de*

de Leg. 3. & in l. 1. §. Id quod ex ſubſtitutione, ff. Ad l. Falcid.

1189 Notandum præterea, quòd quando in caſibus, in quibus fideicommiſſa repetuntur, neque hæredes ſcripti, neque legitimi ſuccederent, ſed Fiſcus bona teſtatoris, vt vacantia ob nòn aditionem occuparet, non teneretur Fiſcus fideicommiſſa præſtare, quia non ſuccedit in illis bonis ex judicio teſtatoris; & ſic fideicommiſſa in tali caſu pereunt. Sic poſt alios Raphael *in l. Recuſare, §. Si Fiſco, ff. Ad Trebel.* & ibi Alex. & Aquenſis per text. *in l. Si nemo, ff. de Regul. jur.* & *in l. Si nemo, ff. de Teſtament. tut.* ſenſit etiam Barthol. *in l. Eam quam,* & ibi Iaſ. *num. 13. C. d. de Fideicommiſſ.* & communem dicit Ripa *in l. Ex facto, §. Ex facto, numer. 6 ff. Ad Trebel.* quos omnes citant & ſequuntur Peregrin. *d. art. 2. num. 40.* & Fuſar. *d. q. 566. num. 48.* & nos ipſi latiùs cum alijs tradidimus *diſp. 2 ſect. 10. §. 2 num 401 & ſeqq.* Nec obſtat text. *in d. § Si Fiſco*, cum alijs ſimilibus, quibus oppoſitum videtur conſtitui. Nam omnes hi textus procedunt in caſu, quo Fiſcus aufert bona ab hærede vti indigno ob aliquod crimen, vt in ſpecie reſpondet cum alijs Peregrin. *loco citat.* & nos loco allegato latiùs explicuimus. Hic autem ſolùm loquimur, quando Fiſcus occupat bona vacantia, eâ tantùm de cauſa, quod nemo hæreditatem adierit.

§. 5 *De effectibus Fideicommiſſariæ ſubſtitutionis, & inprimis de coactione, qua fideicommiſſarius poteſt cogere inſtitutum.*

SUMMARIUM.

NUmerantur effectus Fideicommiſſariæ ſubſtitutionis; num. 1190.

Fideicommiſſarius univerſalis poteſt mediante judicis officio cogere hæredem grauatum, vt hæreditatem adeat, ſi ſponte id facere recuſet; & declaratur hæc regula; num. 1191.

Ampliatur dicta regula primò, etiamſi fideicommiſſarius ſit etiam ſubſtitutus vulgaris, vel aliâ viâ poſſit conſequi hæreditatem; num. 1192. Secundò etiamſi extet alter ſubſtitutus vulgaris; num. 1193. Tertiò, etiamſi grauatus ſit hæres ab inteſtato, vel magnæ authoritatis, vel ex perſona alterius, vt dominus ex perſona ſerui, & monaſterium ex perſona monachi; num. 1194. Quartò, etiamſi hæreditas non adita tranſmiſſa ſit ad hæredem inſtituti: nam etiam talis hæres cogi poteſt; & quomodo id intelligatur? num. 1195. Quintò etiamſi hæres grauatus eſſet indignus, a quo Fiſcus hæreditatem auferret; num. 1196. Sextò, etiamſi inſtitutus ſolum eſſet capax alicujus quotæ hæreditatis & quomodo hoc intelligatur? num. 1197. Septimò, etiamſi grauatus fuiſſet inſtitutus hæres ſi vellet; num. 1198. Octauò, etiamſi fideicommiſſarius ſolùm in quota hæreditatis ſit honoratus. Et quid ſi ſint duo fideicommiſſarij, alter purè, vel in diem honoratus in vna portione, alter verò ſub conditione in alia? num. 1199. Quid ſi ſint duo fideicommiſſarij ſubordinati? num. 1200. Nonò, etiamſi hæres grauatus jam hæreditatem repudiaſſet? & quomodò id intelligatur? numer. 1201. Decimò, etiamſi grauatus non ſit propriè hæres, ſed bonorum poſſeſſor; & quomodo id procedat? numer. 1202. Ampliatur tandem, vt quamuis fideicommiſſum non poſſit cedi, antequam ſit reſtitutum fideicommiſſario, attamen poſſit ceſſionarius cogere hæredem vt adeat, & reſtituat ipſi fideicommiſſario ad vtilitatem ipſius ceſſionarij; ibid.

Fallit autem prædicta regula primò, quãdo hæres grauatus inſtitutus eſt ſub conditione, quæ nondum extitit; & quomodo id intelligatur? num. 1203.

Fallit ſecundò, quando fideicommiſſum relictum eſt ſub conditione, quæ adhuc pendet; licet contrarium ſit ſatis probabile, etiam citra fauorem libertatis; nu-

num. 1204.

Fallit tertiò, quando teſtator expreſsit, vt hæres cogi non poſſet; num. 1205.

Fallit quartò, quando conſtat fideicommiſſum non deberi. Et quid quando de eo eſt contentio? num. 1206. *Item quid, ſi fideicommiſſum nondum præſtari debeatur, eoquod fuerit relictum in diem qui nondum aduenit? num.* 1207.

Fallit quintò, quando nihil fideicommiſſarij intereſſet hæreditatem ei reſtitui; num. 1208.

Fallit ſextò, quando grauatus eſſet hæres ſuus; num. 1209.

Fallit ſeptimò, ſi hæres ex aditione, vel modo illius, paſſurus ſit aliquod damnum, vel ceſſationem lucri, niſi à fideicommiſſario ſarciatur; num. 1210.

Hæres, qui adit coactus à fideicommiſſario, nullum ex teſtamento commodum conſequitur, quod habiturus non eſſet ſi inſtitutus non foret; quod multipliciter ampliatur, & declaratur; numer. 1211. *Non amittit autem lucra, quæ aditionem non requirunt. Quod exemplis declaratur; num.* 1212.

Hæres, qui coactus adit, verè efficitur hæres, & dominus rerum hæreditariarum, & facit ſuos earum fructus, quos percipit, antequam ſit in mora reſtitutionis, perinde acſi ſponte adijſſet: neque propterea poteſt conueniri à creditoribus hæreditarijs; eod. num. 1212.

1190 EX hactenus dictis ſatis conſtat de natura & cauſis, alijſque requiſitis ſubſtitutionis Fideicommiſſariæ. Sequitur vt dicamus de ejus effectibus; quos, ut certis nos limitibus contineamus, ad quatuor principales redigo, licet plures, vel pauciores ab alijs forte numerentur, de quo mihi non conſtat; hactenus enim legi neminem, qui eos ad certum aliquem numerum reuocaret.

Primus itaque effectus, ex ijs, quos ego numero, eſt coactio, qua inſtitutus compelli poteſt à fideicommiſſario vt adeat. Secundus eſt, prohibitio alienationis, qua inſtituto interdicitur alienare bona fideicommiſſo ſubjecta, ſeu quæ ex Fideicommiſſaria veniunt reſtituenda. Tertius eſt, reſtitutio hæreditatis, & bonorum, quę ab inſtituto grauato fieri debet fideicommiſſario. Quartus denique eſt, tranſlatio onerum hæreditariorum in fideicommiſſarium.

Quod ergo attinet ad primum de coactione; regula juris eſt, quod fideicommiſſarius vniuerſalis cogere poteſt, mediante judicis officio, hæredem grauatum, vt hæreditatem adeat, ſi ſponte id facere recuſat, *l. Quia poterat, l. Nam quia, §. Siquis compulſus, l. Si legatus, & l. Si omnes, ff. Ad Trebel. §. Sed quia, Inſtit. de Fideicommiſſar. hæred.* & ita DD omnes. Dixi, *fideicommiſſarius vniuerſalis*, quia particularis non poteſt hæredem cogere vt adeat, *d. l. Nam quid, § Non omnes*, & tradunt Barthol. *in l. Ita tamen, §. Si pater, ff. Ad Trebel.* Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap.* 22. *poſt princip.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 5. num.* 1. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 600. *num.* 20. & cæteri omnes. Vnde is, cui per fideicommiſſum non fuerit relicta hæreditas, ſed res certa, aut quantitas, vel omnes & ſingulæ res hæreditariæ, vel res exiſtentes in aliquo certo loco, vel regione, hæredem grauatum cogere non poteſt vt adeat. Hoc tamen intellige, niſi ſint relictæ per militem, in quo eſt ſpecialis ratio, vt per *l. Cum, § Sed & ſimiles, ff. Ad Trebel.* Dictum etiam eſt, *mediante judicis officio*, quia cùm ante aditionem nihil hæres feciſſet, non reſultat in illo ulla propria obligatio, ex quâ actio aliqua ordinaria in eum detur; idcirco ſolùm aduerſus eum conceditur fideicommiſſario perſecutio fideicommiſſi extraordinaria, *l.* 178. *§ 2. ff. de Verb. ſignific.* vt ſcilicet illum poſsit cogere officio judicis, Trebelliano id præter morem inducente, atque hanc neceſsitatem juxta teſtatoris voluntatem hæredibus grauatis imponente, vt per *l. Quia poterat, 4. ff. Ad Trebel. & §. Sed ſi recuſabat, & ſeq. Inſt. de Fideicommiſſ. hæredit.* Sic explicat Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap* 23. & notat cum alijs Peregrin. *art. 2. num.* 65. 1191

Am-

1192 Ampliatur primò dicta regula, vt procedat etiamſi idem ſubſtitutus ſit vulgariter, & per fideicommiſſum; nam licèt tunc ſuccedere poſſit ex Vulgari, tamen ſi judicet ſibi magis expedire ſucceſſionem ex Fideicommiſſaria, cogere poterit inſtitutum vt adeat, vt eſt caſus, *in l. Recuſare, §. Titius, ff. Ad Trebel.* & tradunt cum Barthol. & multis alijs Peregrin. *d. art. 2. num. 67.* & Fuſar. *d. q. 600. num. 3.* Similiter dicendum, quando fideicommiſſarius poſſet aliâ viâ obtinere hæreditatem, vt quia eſſet hæres legitimus teſtatoris, vel qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas habuit; nam tunc etiam cogere poterit, vt notat Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili cap. 22.* & conſtat per text. *in d. l. Recuſare, §. Titius, ff. Ad Trebel.*

1193 Ampliatur ſecundò, vt etiam procedat licèt ſint duo ſubſtituti, alter per Vulgarem, alter per Fideicommiſſariam. Tunc enim repudiante inſtituto, præualet fideicommiſſarius ad hoc vt inſtitutum cogere poſſit vt adeat, & ſibi reſtituat: Barth. *in l. 1. num. 25. ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num. 27.* Iaſ. *num. 49.* Socin. ſen. *numer. 23.* Ripa *numer. 160.* dicens eſſe communem, & Alciat. *num. 31.* Bald. *in l. Non juſtam, Cod. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art. 2. num. 69.* Fuſar. *de Subſtitut. q. 38. numer. 1.* & multi alij, quos referunt. Intellige tamen, & declara hanc ampliationem, prout diximus *ſect. 2. hujus diſp. §. 12. num. 190. & ſeqq.*

1194 Ampliatur tertiò, vt procedat ſiue hæres ſit grauatus ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, & abſque ſcriptura, *l. Et ſi ſine, Cod. Ad Trebel.* & quamuis magnæ ſit auctoritatis, *l. Sed & qui, ff. Ad Trebel.* & licèt ſit Fiſcus Principis, *l. Marcellus, §. fin. & leg. Recuſare, §. Fiſco, ff. eod.* imo quamuis ſit ipſe Princeps, *l. Si legatus, §. fin. ff. eod.* Nec tantùm cogi poteſt nominatus hæres, ſed etiam qui ex ejus perſona ſit hæres, vt dominus ex perſona ſerui, monaſterium ex perſona monachi, Fiſcus ex perſona delinquentis, pater ex perſona filij, *d. l. Recuſare, §. Meminiſſe, & l. Cum filiofamilias, ff. de Legat. 1.* prout hæc omnia bene tradunt Peregrin. *dict. art. 2. numer. 75.* & Fuſar. plures referens *dict. quæſtion. 600. numer. 4. & ſeqq.*

Ampliatur quartò, vt etiam cogi poſ- 1195
ſit adire, & reſtituere hæres hæredis in omnibus caſibus, in quibus hæreditas non adita tranſmittitur ad hæredes, vt in caſibus *l. Cum antiquioribus, & l. Si infanti, Cod. de Iure delibe. & l. vnica, C. de His qui ante aper. tab. & l. Apud hoſtes, Cod. de Suis, & legit. hæred.* & in qui ſunt alij. Sic Barthol. *in l. Ille à quo, §. Si de teſtamento, num. 2. & 6. ff. Ad Trebel. & in l. Eam, quam, ſub num. 4.* vbi etiam alij, *Cod. de Fideicommiſſ.* Peregr. *d. art. 2. ſub numer. 75.* Intrigl. *de Subſtit. cent. 1. q. 32. num. 11.* & Fuſar. *d. q. 600. num. 10.* Id vero intellige, dummodo talis hæres adeat hæreditatem hæredis grauati; nam ſi illam repudiet, cogi non poterit adire, ſiquidem tunc perſonam hæredis grauati non ſuſtinet. Sic poſt alios Peregrin. *citat.* & Fuſar. *num. 11.* per text. *in l. Siquis filium, §. 1. ff. de Acquiren. hæreditate.*

1196 Ampliatur quintò, vt procedat etiam quando hæres grauatus eſſet indignus, & ſic incapax retinendi hæreditatem, quam Fiſcus ab eo auferet. Nam is etiam adire cogitur, & reſtituere fideicommiſſario; quia cùm ſit capax ſuccedendi, & acquirendi, ejus aditione teſtamentum & fideicommiſſum confirmari poteſt: caſus eſt *in d. l. Marcellus, §. fin. ff. Ad Trebel.* & ita docent Barthol. *in d. l. Eam quam, ſub num. 5. & 6. Cod. de Fideicom.* & ibi Bald. *num. 18.* & Iaſ. *n. 22.* Peregr. *d. art. 2. num. 78.* Si autem inſtitutus eſſet ſimpliciter incapax ſuccedendi, vt damnatus in metallum, deportatus, ſeruus pœnæ, monachus Ordinis Minorum, tunc cogi non poterit adire, cùm ejus inſtitutio à principio ſit pro non ſcripta; vel ex poſtfacto effecta ſit caduca; nam cùm ipſi capere nequeant, non poteſt eorum aditione confirmari teſtamentum. Sic Barthol. Bald. & Iaſ. *proximè cit.* Alex. *in l. Cogi, §. Hi qui ſolidum, ff. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art. 2. num. 79.*

1197 Ampliatur ſextò, vt etiam inſtitutus, qui tantùm eſt capax alicujus quotæ hæreditatis, grauari poſsit in ſolidum per fideicommiſſum vniuerſale, & cogi adire & reſtituere, licèt retinere non poſsit vltra quotam à lege conceſſam, vt eſt caſus *in dict. l. Cogi, §. Hi qui ſolidum*, vbi Gloſ. & ſcribentes cõmuniter, *ff. Ad Trebel.* & Peregr. *d. art.* 2. *n.* 80 Exemplum eſt in filio naturali qui extantibus legitimis, ſolùm eſt capax ſucceſsionis pro vna vncia, *l.* 2. *C de Natural. liber.* ſecus in ſpurio, qui eſt ſimpliciter incapax ſuccedendi in bonis paternis, *§ Si verò effuſa, Auth. quib. mod. effician. ſui.* Notat hoc Peregr. ſup. & Rojas *Epit. ſucceſ. c.* 20. *n* 52.

1198 Ampliatur ſeptimò, etiamſi grauatus fuiſſet inſtitutus hæres, ſi volet; quia is etiam cogi poterit adire: Gloſ. *in l. Debitori, in fine principij, ver. Contra voluntatem, ff. Ad Trebel. & ibi* Angel. & Alex. Dec. *in l. Centurio, ante n.* 17. *ff. de Vulgari*, Peregrin. *d. art.* 2. *n.* 70. & Fuſar. *d. q.* 600. *n.* 13.

Ampliatur octavò, vt procedat eti-
1199 amſi fideicommiſſarius ſolùm in quota hæreditatis ſit honoratus; quia alia portio, nolente inſtituto ſponte adire, ei accreſcit, *l.* 1. *§. Sed & quoties*, & *l. Cogi, §. Cum quidam, §. Metianus, & §. Idem Metianus ff. Ad Trebel.* Et ſi ſint duo fideicommiſſarij, alter purè, vel in diem honoratus in vna portione hæreditatis, alter verò ſub conditione in alia portione, poteſt qui purè, vel in diem honoratus eſt cogere inſtitutum vt adeat, & ſibi totam hæreditatem reſtituat: adueniente autem conditione, ipſo jure in alterum fideicommiſſarium tranſibunt actiones portionis ei relictæ, *dict. §. Sed & quoties*; vbi Gloſ. *verb. Vniuerſam*, plures caſus circa hæc diſtinguit. Cæterùm fructus interim à priori fideicommiſſario percepti non reſtituuntur, quia nec ab hærede præſtarentur. Ita Peregr. *d. art.* 2. *num.* 84.

1200 Si autem eſſent fideicommiſſarij ſubordinati, id eſt quorum primus grauatus eſſet reſtituere alteri, tunc ſolus primus non poſſet cogere hæredem vt adiret, etiamſi fructus ex hæreditate pro aliquo tempore percepti, vel res aliqua particularis penes ipſum manſura ſit, ſed ad vtriuſque inſtantiam coactio facienda eſt; *l. Si patroni, §. Qui Fideicommiſſariam, ff. Ad Trebel.* Et ratio eſt; quia fideicommiſſarius, penes quem ſolùm remanent fructus, vel aliqua res particularis, non habetur pro vniuerſali, ſed pro particulari fideicommiſſario, vt *in dict. §. Qui Fideicommiſſariam*, notant Barthol. Angel. Alex. *ſub numer.* 4. & alij. Si verò primus fideicommiſſarius recuſet, poterit tunc ſecundus hæredem cogere, non verò ante, *dict. §. Qui Fideicommiſſariam*; vbi plenè Alex. *notab.* 5. poſt Imol. fideicommiſſarius autem fideicommiſſarium non cogit, vt ibidem dicitur. Tradit hæc omnia Peregrin. *ſub dict. numer.* 84. vbi in fine notat, quod in dicto textu habetur, dictum primum fideicommiſſarium non poſſe cogere hæredem abſque alterius concurſu, intelligi, quando primus fuit purè, vel in diem grauatus reſtituere ſecundo; ſecus autem ſi ſub conditione de futuro contingenti: quia cùm interim, dum conditio pendet, hæreditatem retineat, & fieri poſsit vt conditio deficiat, atque adeo vt hæreditas perpetuò apud ipſum remaneat, meritò poterit hæredem cogere. Ad cujus confirmationem bonum argumentum affert *numer. ſequent.* vbi videas.

Ampliatur nonò; vt poſsit cogi 1201
inſtitutus grauatus; etiamſi jam hæreditatem repudiaſſet, *l. Nam quod; §.* 1. *ff. Ad Trebel.* repudiatio enim facta contra legem pro infecta habetur, *l. Non dubium, Cod. de Legib.* Intelligitur autem hæc ampliatio, dummodo res ſint integræ, id eſt, nondum diſtractæ à creditoribus defuncti: tunc enim non auditur fideicommiſſarius, etiamſi ſit minor, & petat

petat in integrum reſtitui, niſi aliquam ſpecialem cauſam habeat, vt habetur *in dict. §. 1.* & ibi declarat Gloſ. *1. & 2.* vbi aliquas cauſas aſsignat. Intelligitur etiam, niſi fideicommiſſarius repudianti conſenſerit, vt notat Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap. 22.* argum. tex. *in d. §. 1.*

1202 Ampliatur decimò, vt etiam is, cui relicta eſt bonorum poſſeſsio cum onere fideicommiſsi, non excuſetur eam agnoſcere, etiamſi tempus eam agnoſcendi præterlabi paſſus ſit, ſi tamen fideicommiſſarius aliqua ex cauſa non potuit prætorem adire, &c. vt habetur *in l. Facta, §. pen. ff. Ad Trebel.* & latiùs explicat Donel. *proximè citat.*

Ampliatur tandem, vt quanuis fideicommiſſum vniuerſale non poſsit vendi, nec cedi alicui tertiò, antequam ſit agnitum & reſtitutum, etiamſi jam ſit delatum, *l. Mulier, §. Hæres ex aſſe, ff. de Iure dot.* & ibi DD. attamen poſsit ceſsionarius cogere hæredem vt adeat, & hæreditatem reſtituat fideicommiſſario ad vtilitatem ipſius ceſsionarij, vt tenent communiter DD. quos referunt & ſequuntur Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 5. numer. 6.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. articul. 31. numer. 33.* & Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion. 524. numer.* 8.

1203 In pluribus autem caſibus dicta regula fallit. Primò enim fallit, quando hæres grauatus inſtitutus eſt ſub conditione, quæ nondum extitit, *l. Sed & ſi alio, in fin. ff. Ad Trebel.* Dum enim conditio pendet, ipſum jus & voluntas teſtatoris aditionem, ac reſtitutionem impedit. Hoc autem intellige, niſi conditio ſit talis vt habeatur pro non adjecta, vt ſi ſit turpis, vel impoſsibilis. Aliæ verò implendæ ſunt; vt ſi ſit conditio dandi, v.c. dandi centum aureos, offeret fideicommiſſarius eam pecuniam hæredi, vt in conditione implenda ſit indemnus, & tunc illum cogere poterit, *l. Sed ſciendum, 7. ff. Ad Trebel. l. Si cui purè, §. vltim. ff. eodem.* Si autem ſit conditio faciendi: aut erit difficilis; & tunc hæres non cogitur eam implere, ſed ſit poteſtas fideicommiſſario eam implendi, & cùm impleta fuerit, cogendi hæredem vt adeat, *dict. l. Si cui purè. §. vltim.* aut erit facilis, & tunc cogitur hæres eam implere, & adire; quia videtur malitia id recuſare, ex quo nullum ſibi damnum; alteri verò lucrum ſequitur, vt bene cum Anton. Fabro notat Oſualdus *in Addit. ad Donel. enucleatum, lib. 7. cap. 22. lit. H. & I.* vbi rem hanc magis declarat quoad conditiones difficiles.

Fallit ſecundo, ſi fideicommiſſum relictum ſit ſub conditione, quæ adhuc pendeat. Sic Donel. *dict. cap. 22.* per text. *in l. Ita tamen, §. A patre,* ibi; *Quia fideicommiſſum datum eſt ſub conditione, ff. Ad Trebel. & in l. 1. §. Sed & quoties, ff. eodem,* vbi quando ſunt duo fideicommiſſarij, alter purè, vel in diem, alter ſub conditione, ſoli purè vel in diem vocato tribuitur quod poſsit compellere hæredem: vnde videtur id conditionali denegari, argum. *l. 12. in princip. ff. de Iudic.* Fatetur autem idem Donel. Doctores vulgò diſſentire per *l. Apud Iulianum, 11. §. vltim. & dict. l. Si cui purè, 31. in princip. ff. Ad Trebel.* vbi quando alicui relicta eſt libertas purè, & hæreditas per fideicommiſſum ſub conditione, cogitur hæres adire: ad quos textus, quamuis ſatis congruè Donellus reſpondeat, eos procedere in caſu ſpeciali, fauore libertatis; tamen ſatis probabile eſt, quod debent intelligi generaliter in quolibet fideicommiſſo vniuerſali conditionaliter relicto. Quam ſententiam videri benigniorem, & ſuſtinendæ ordinationi teſtatoris magis conuenientem, nec minùs juri conſonam dicit Oſualdus *in Addit. ad eundem Donel. lit. L.* & quidem *in l. Ille à quo, in princip. ff. eod.* generaliter dicitur, illum, à quo ſub conditione fideicommiſſum relictum eſt, non excuſari ab ado- 1204

adeundo, eoquod poſsit conditio deficere. Accedit præterea ratio, quia ſiue conditio eueniat, ſiue non, nullum damnum patietur inſtitutus ex aditione coacta; nam ſi eueniat, omnia onera hæreditaria transferuntur in fideicommiſſariam: ſi autem non eueniat, tunc etiam inſtitutus oneribus hæreditarijs non tenebitur, ſed dabuntur bona creditoribus defuncti, vt ipſi ea vendant, acſi inſtitutus non adjicet, vt diſponitur *in dict. l. Apud Iulianum*, 11. §. *vlt.*

1205 Fallit tertiò, quando teſtator expreſſè concesſit hæredi, vt cogi non poſſet; quia ſtandum eſt voluntati teſtatoris, eſſet enim abſurdum, ſi Prætor plus tribueret fideicommiſſario, quàm teſtator voluerit, *dict. l. Facta*, §. *Si ſub conditione*, *ff. Ad Trebel.* Atque ita Peregrin. *de Fideicommiſſ. articul.* 2. *numer.* 70. Intrigl. *de Subſtitut. centur* 1. *quæſt.* 32. *numer.* 23. & Fuſar. *de Subſtitut. quæſtion.* 600, *numer.* 16. Dixi, *quando teſtator expreſſè concesſit*, quia ſi hæredem ſcripſiſſet cum clauſula; *Si volet eſſe hæres*, id minimè ſufficeret, vt cogi non poſſet, vt notauit idem Peregrin. & diximus *ſup. num.* 1198.

1206 Fallit quartò, quando conſtat fideicommiſſum non deberi; *l. Ita tamen*, §. *Quoties*, *ff. Ad Trebel.* Si autem de eo ſit contentio, ſic diſtinguitur: aut controuertitur de viribus teſtamenti, & tunc hæres recuſans adire non auditur, *dict. l. Ille à quo*, §. *Si de teſtamento*, *ff. eod.* & meritò, quia ſi valet teſtamentum, falſó ſe excuſat hæres, ſi non valet, etiam tunc falſum dicit, cauſans hæreditatem ſibi fore ſuſpectam, ſeu damnoſam, ſiquidem eam non acquiret, quanuis adeat, vtpote quæ ſibi delata non eſt. Aut eſt cõtrouerſia de viribus fideicommiſsis, vt quia hæres neget fideicommiſſum factum, aut eſſe fideicommiſſum vniuerſale: & tunc, vel cognitio exigit prolixiorem indaginem, & non eſt audiendus hæres, ſed cogendus vt adeat, reſeruata in poſterum cognitione, *dict. l. Ille à quo*, §. *Si de Teſtamento*, *verſ. Quid ergo*, vel probatio breui poteſt haberi, & audiendus eſt, ne forte poteſt inuitus obſtringatur oneribus hæreditarijs; ſi appareat fideicommiſſum eſſe nullum: ſi Donel. *de Iure Ciuili*, *lib.* 7. *cap.* 22. & latiùs, relatis pluribus, Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 71. *& ſeqq.*

1207 Sed quid, ſi fideicommiſſum nondum præſtari debeatur, eoquòd fuerit relictum in diem, qui nondum aduenit? Reſpondetur cogi nihilominus hæredem ſtatim adire, *l.* 1. §. *Sed & quoties*, & *l. Cogi*, §. *Cum quidam duoſ*, *ff. Ad Trebel.* Certum eſt enim talem diem futurum, & fideicommiſſum præſtandum eſſe. Atque vbi hæres coactus adijt, etiam ante diem reſtituere cogitur; quia periculo fideicommiſſarij adijt, & ſe retinere nolle hæreditatem declarauerit, *l. Quia poterat*, *ff. eodem.* Nec obſtat *l. Sed & ſi ante diem*, *ff. eodem*, vbi dicitur, non transferri actiones, ſi ante diem, vel ante conditionem, hæreditatis reſtituta ſit. Nam hic textus non loquitur de die fideicommiſſi, ſed de die inſtitutionis, vt ibidem aduertit. Gloſ. eoque incerto, vt latè declarat Donel. *lib.* 7. *de Iure Ciuili*, *cap.* 20. hic autem agimus de fideicommiſſo in diem certum; quod licèt ante talem diem peti non poſſit, debetur tamen, & reſtitui poteſt, *l.* 1. *ff. de Condit. & demonſtr.* Vide Donel. *d. cap.* 20.

1208 Fallit quintò, quando nihil fideicommiſſarij intereſſet, hæreditatem ei reſtitui, vt quia eâ reſtitutâ nihil habiturus ſit, bonis jam à creditoribus venditis. Donel. *dict. lib.* 7. *cap.* 22. per text. *in l. Nam quod* §. 1. *ff. Ad Trebel.* vel quia non ei manebit, quod accipiet; vt cùm eſt rogatus alteri reſtituere, etiam ſine fructibus, vt notat idem Donel. ſed hoc intellige prout ſupra dictum eſt, *numer.* 1200.

1209 Fallit ſextò, quando grauatus eſſet hæres Suus: quia per exiſtentiam Sui hæredis con-

confirmatur fideicommiſſum, *l. Ita tamen, §. Si pater, ff. Ad Trebel.* & ſic non eſt neceſſaria aditio, vt fideicommiſſario debeatur: ſic cum alijs Fuſar. *d. q.600. numer. 21.*

1210 Fallit ſeptimò, ſi hęres ex aditione, vel modo illius, paſſurus ſit aliquod damnum, vel ceſſationem lucri, niſi à fideicommiſſario ſoluatur. Sic Donellus *d. lib. 7. de Iure Ciuili, cap. 22.* per *d. l. Quia poterat, & d. l. Nam quod, §. Qui compulſus, ff. Ad Trebel.* & Peregrin. *d. art. 2. num. 86.* vbi aſsignat plures modos, quibus hæredi grauato prouidetur, ne aditio illi ſit grauis & damnoſa. Unde quando eſſet facienda in loco quo hæres ſine incommodo, aut difficultate ire non poſſet, indulget Prætor vt poſsit fieri vbi eſt hæres; *l. Facta, § Si in danda, ff. Ad Trebel.* & not. ant Donel. & Peregrin. *cit.*

1211 Illud tandem circa dictam coactionem non omittendum, quod vt hæres, qui coactus adit, ſeruari debet indemnis, vt proximè dictum eſt, ita etiam nullum ex aditione, ſeu teſtamento commodum conſequetur, quod habiturus non eſſet, ſi reſtitutus non eſſet, vel non adijſſet, *l. Ita tamen, §. Qui ſuſpectam, ff. Ad Trebel.* quia coacta aditio quoad ipſum adeuntem pro non aditione habetur, etiam quoad legitimam jure naturæ debitam, *l. Si poſtulante,* vbi Paul. Caſtr. *ff. Ad Trebel.* Vnde ſi ſolus eſſet inſtitutus, & ſimul pupillariter ſubſtitutus impuberi, quemadmodum non poſſet ſuccedere ex Pupillari, ſi hęreditatem teſtatoris non adijſſet, *l. 2 in princip. verſ. Adeo, ff. de Vulgari,* ita etiam adiens coactus non ſuccedit ex Pupillari ad ſui commodum, ſed debet reſtituere fideicommiſſario: ſi verò cohæredem habuerit, pupilli hæreditatem retinebit, quia cohærede adeunte, quamuis ipſe patris amiſiſſet hæreditatem, tamen ex ſubſtitutione adire, & ſuccedere poterat. Sic habetur *in d. §. Qui ſuſpectam.* Quando autem alicui impuberi facta eſſet Pupillaris ſubſtitutio his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit, ſit hæres filio meo impuberi,* tunc hæres, qui coactus adiuerit, ſiue cohæredem habeat, ſiue non, hæreditatem pupilli, quæ ad eum ex ſubſtitutione peruenerit, reſtituere cogitur fideicommiſſario, vltra hæreditatem teſtatoris in qua grauatus eſt, vt deciditur *in dict. §. Qui ſuſpectam,* & latiùs ibi explicat Gloſſ. ordin. Item qui coactus adiuit, amittit pręlegata, niſi ei fuerint relicta ſub conditione, *Si hæres non erit;* tunc enim ei præſtanda ſunt, non à cohærede, ſed à fideicommiſſario cui hæreditas reſtituta eſt, *dict. l. Ita tamen, §. Si perceptis.* Amittit etiam reſtitutiones ex fideicommiſſo à cohærede, *l. Si patroni, §. Qui Fideicommiſſariam, ff. Ad Trebel.* Neque re acquirit ex eo quòd pæniteat ſe repudiaſſe, vt eſt caſus *in l. Nam quod, §. Qui compulſus, ff. eod.* Quod tamen fallit in cohęrede conditionaliter inſtituto per fideicommiſſum grauato, qui de facto compulſus eſt adire, pendente conditione: nam poſt conditionis aduentum pænitere poteſt, ac ſponte adire, & lucra ſibi reſeruare, vt eſt caſus *in dict. §. Qui Fideicommiſſariam, ad finem,* vbi Gloſ. & ita Peregrin. *dict. articul. 2. numer. 87.* Fallit etiam in patrono libertorum, qui ſemper ante reſtitutionem pænitere poteſt, etiam poſtquam coactus adiuit, *d. l. Ita tamen, §. Si patronus.* Non ita verò poſt reſtitutionem factam, *l. pen. §. Si patronus, ff. de Bon. libert.* Pichar. *in Rubr. Inſtit. de Adoption. fine.*

Cæterùm qui coactè adit, non amittit lucra, quæ non aditâ à ſe hæreditate habiturus erat; veluti legata ei relicta ſub conditione, *Si hæres non eſſet,* vt ſupra aduertimus per text. *in dict. §. Si perceptis,* & eſt caſus *in l. Apud Iulianum, in princip. ff. Ad Trebel.* Nec etiam amittit lucra, quæ aditionem hæreditatis non exigunt, vt donata cauſâ mortis, donata inter virum, & vxorem, & donata per patrem filiofamil. Gloſ *in l. Filia, Cod. Famil. erciſc.* Barthol. *in l. In mortis, in fine, ff.* 1212

de Donat. cauſ. mort. & cum alijs Peregrin. d. art. 2. num. 88. Item per aditionem quantumuis coactam verè efficitur hæres, d. l. Apud Iulianum, in princip. quia voluntas quamuis coacta, voluntas eſt, & ſic dominium rerum hæreditariarum in eum tranſit, atque ab eo per ſubſequentem reſtitutionem transfertur in fideicommiſſarium, vt eſt caſus in d. l. Ita tamen, §. 1. ff. Ad Trebel. vbi DD. notant, quod poſt coactionem, & aditionem neceſſaria eſt reſtitutio. Quamobrem fructus, & vtilitates omnes, ex rebus fideicommiſſarijs perceptos ante moram reſtitutionis hæres ille facit ſuos, perinde ac ſi ſpōte adijſſet, vt eſt caſus in d. l. Ita tamen, §. 1. Quod prouenit tum ex jure dominij, & poſſeſſionis interim penes ipſum hæredem exiſtentis, tum etiam ex negligentia fideicommiſſarij in non petenda reſtitutione, quemadmodum cùm hæres ſponte adiuit, juxta l. Mulier, §. Si hæres, ff. Ad Trebel. non ideo tamen conueniri poteſt à creditoribus; cùm hoc pertineat ad onera hæreditaria, à quibus coactè adiens immunis redditur; Gloſ. in l. Cum hæreditas ex Trebel. ff. Ad Trebel. & tex. formalis in l. Si poſtulante, ff. eod. atque ita Peregrin. d. art. 2. num. 89. poſt alios.

§. 6. Quouſque grauatus prohibeatur alienare bona fideicommiſſo ſubjecta?

SVMMARIVM.

Regula eſt, quòd bona reſtitutioni ſubjecta ex fideicommiſſo vniuerſali, vel particulari, non poſſunt alienari, ſaltem irreuocabiliter. Et quomodo id intelligatur? num. 1213.

Pro ſoluendis debitis teſtatoris alienari poſſunt bona fideicommiſſi. Et quomodo id intelligendum ſit? num. 1214.

Etiam pro ſoluendis debitis ipſius hæredis grauati alienari poſſunt bona fideicommiſſi. Id verò multipliciter temperatur, & declaratur, numer. 1215. & ſeqq.

Vtrum grauatus fideicommiſſo poſſit pro ſuis neceſſitatibus alienare bona fideicommiſſaria? num. 1220.

Si grauatus ſuâ culpâ contraxit æs alienum, non poteſt pro eo ſoluendo alienare bona fideicommiſſi, num. 1221.

Hæres grauatus alienare poteſt bona fideicommiſſi pro creditis, quibus teſtator ipſi erat obſtrictus, num. 1222 Cum quibus moderationibus id ſit intelligendum? ibid. remiſſiuè.

Res ſubjectæ fideicommiſſo permutari poſſunt ab hærede cum alijs vtilioribus: idque licèt teſtator alienationem prohibuiſſet, numer. 1223. Probatur multis exemplis, num. 1224. Et ampliatur vlteriùs, num. 1225. Secus tamen dicendum, ſi conſtet de contraria voluntate teſtatoris; vt quia expreſsè prohibuit permutationem, vel alio modo ſe declarauit: & aſſignantur aliqua exempla, num. 1226.

Res Fideicommiſſariæ, quæ tempore eſſent perituræ, vel reddendæ deteriores alienari poſſunt: earum tamen pretium reſtituendum eſt fideicommiſſario, numer. 1227.

Valet irreuocabiliter alienatio rei Fideicommiſſariæ, quando tam hæres alienans, quàm emptor in quem alienatur, ignorant eam eſſe ſubjectam fideicommiſſo: pretium tamen reſtituendum eſt. Et quomodo id intelligatur? numer. 1228. & ſeq. Limitatur, & declaratur præfata reſolutio multipliciter, numer. 1230. & ſeqq.

Hæres grauatus reſtituere quod tempore mortis ſuæ ſupererit de hæreditate, poteſt alienare bona talis fideicommiſſi, reſeruando tantùm quartam partem fideicommiſſario; & quomodo id ſit intelligendum? num. 1236. & ſeqq.

Quando teſtator expreſsè conceſſit, vt hæres poſſet alienare bona fideicommiſſi, quouſque talis facultas extendatur? num. 1248.

Circa

CIrca ſecundum effectum Fideicommiſſariæ, qui eſt prohibitio alienationis, regula generalis eſt, quòd bona reſtitutioni ſubjecta ex fideicommiſſo vniuerſali, vel particulari, non poſſunt alienari, ſaltem irreuocabiliter, neq; alienatione propria, qua dominium transfertur, neque impropriâ, qua res ſolùm obligantur, vt per conſtitutionem hypothecæ, vel pignoris, *l. fin. §. Sed quia, & ſeq. Cod. Communia de legat. Auth. Res quæ, Cod. eod. & in corpore vnde ſumpta eſt, ſcilicet Auth. de Reſtitutionibus, in princip. collat.* 4. Dixi, *Saltem irreuocabiliter*, nam res quæ ſubjacent fideicommiſſo ſub conditione, vel in diem incertum, poſſunt interim alienari, vel obligari, at ſolùm reuocabiliter, ita ſcilicet vt impleta conditione, vel adueniente die, in irritum reuocetur alienatio, perinde acſi à principio nec ſcripta, nec celebrata eſſet, vt expreſsè habetur *in d. l. fin. §. fin.* ſi autem ſint debitæ ex fideicommiſſo relicto purè, vel in diem certum, ſtatim ab initio earum alienatio eſt ſimpliciter irrita, etiamſi nondum aduenerit dies quo reſtitui debeant, *d. §. Sed quia*, & declarat latè Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 40. *num.* 1. *& ſeqq.* Non prohibetur autem grauatus rem ad certum diem relictam, vſque ad illud tempus nominatim alteri concedere, ita vt die adueniente jus accipientis finiatur, ad text. *in l.* 4. *§. Et hic ſubjungi, ff. Locati, & in l. Ex vectigali, ff. de Pignor.* & alijs apud Peregrin. *ſup.*

1214 Multi verò ſunt caſus, in quibus dicta regula fallit, & res Fideicommiſſariæ alienari poſſunt. Primus caſus eſt pro ſoluendis debitis teſtatoris, *l. Filiusfamilias, §. Duci, 2. ff. de Legat.* 1. *l. Peto, §. Prædium, ff. de Leg.* 2. *l. Pater filium, ff. de Legat.* 3. *l. Alienationes, ff. Famil. erciſc.* Neque ipſe teſtator talem alienationem prohibere potuit: Fuſar. & alij, quos refert *q.* 541. *num.* 9. Quando tamen teſtator ſpecialiter prohibuiſſet rem aliquam alienari, tunc hæredi grauato non liceret eam diſtrahere in præjudicium fideicommiſſarij, ſi extarent alia bona pro ſoluendis debitis alienari non prohibita; niſi fortè ad inſtantiam creditorum res illa fuiſſet capta, & ſubhaſtata auctoritate judicis: tunc enim teneret ejus alienatio, licèt facta eſſet non citatis fideicommiſſarijs; quibus tamen ſaluum manebit jus ad pretium exigendum ab hærede grauato, vel aliam rem ſimilem. Sic Bald. *in l. fin. §. Si præfatam, q.* 4. *Cod. de Iure deliber.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 40. *num.* 28. & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 541. *num.* 19. *&* 21. Præterea etiam in caſu, quo teſtator juſsiſſet vendi certa bona pro ſoluendo ære alieno, ſi fortè ea bona vendi non poſſent, quia deeſſent emptores, vel ſi non eſſent ſufficientia ad extinguendum debitum, poſſent vendi res aliæ, etiam ſpecialiter alienari prohibitæ, vt tradit Fuſar. *numer.* 22. poſt Beroium *conſil.* 93. *numer.* 19. *juncto num.* 26. *lib.* 2. Plura circa alienationem ad ſoluenda debita defuncti vide apud Peregrin. & Fuſar. *loc. citat.*

1215 Secundus caſus eſt pro ſoluendis debitis ipſius hæredis grauati: nam quamuis teſtator illi prohibuiſſet alienare, tamen ex cauſa ſoluendi proprijs creditoribus alienare poteſt, *d. l. Filiusfamilias, §. Duci, 2. ff. de Leg.* 1. *& d. l. Peto, §. Prædium*, & ibi DD. *ff. de Leg.* 2. Barthol. *in l.* 2. *§. vltim. ff. de Reb. eorum*, & cæteri communiter. Ratio eſt, quia prohibitio alienationis, etiam facta ab homine, intelligitur de voluntaria, non de neceſſaria, qualis eſt quæ fit pro ſoluendo ære alieno, *d. §. Diui, & d. §. Prædium* quo vtroque loco hanc rationem reddunt DD. & intelligunt aliqui hanc concluſionem, etiamſi teſtator dixiſſet, ſe prohibere bona quoquo modo alienari; item licèt prohibuiſſet alienari ex cauſa neceſsitatis. Diſſentit autem in vtroque caſu Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 20. *& conſil.* 49. *num.* 8. *fine, lib.* 3. poſt alios apud Fuſar. *de Subſtitut. q.* 535. *num.* 18. *& q.* 542. *num.* 4. *&* 6.

1216 Intelligitur verò prædicta concluſio, primò niſi extent alia bona libera, ex quibus æs alienum ſolui poſsit: Barthol. *in l.*

Pater filium, in princip. & ibi Alber. *ff. de Legat.* 3. Cuman. *in d. l. Peto, §. Prædium, ff. de Leg.* 2. Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 10. *numer.* 4. Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 22. Fuſar. *d. q.* 542. *num.* 14. & omnes. Atque alleganti contra fideicommiſſarium non extitiſſe alia bona libera, quæ vendi poſſent, incumbit onus id probandi; quia fideicommiſſarius volens capere habet ſuam intentionem fundatam in fideicómiſſo, & prohibitione alienationis: Hieronym. Gabr. *conſil.* 118. *col.* 3. *lib.* 1. Molin. Peregrin. & Fuſar. *loc. cit.* & alij.

Intelligitur ſecundò, niſi teſtator pro-
1217 hibuiſſet alienationem bonorum, jubendo vt perpetuò, vel continuò manerent in familia: nam tunc alienari non poſſunt ad ſatisfaciendum creditoribus grauati, etiam pro tempore vitæ illius: Alex. *conſil.* 23. *col. pen. & vltim. lib.* 1. Curt. jun. *conſil.* 161. *numer.* 14. Ruin. *conſil.* 101. *num.* 16. alijſque in locis, Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 40. *numer.* 20. *& conſil.* 49. *numer.* 8. *& ſeqq. lib.* 3. *& conſil.* 50. *num.* 5. *& ſeqq. lib.* 4. vbi dicit, ſatis ad hoc eſſe, quòd teſtatot conſiderauerit permanentiam bonorum in familia, licèt non expreſſerit, quòd perpetuò, vel continuò in illa manerent, & Fuſar. *d. q.* 542. *num.* 7. licèt contrarium voluerit Hieronym. Gabr. *conſil.* 123. *numer.* 10. *lib.* 1. Ratio patet, quia ſi bona alienarentur, licèt tantùm quoad grauatus viueret, jàm pro eo tempore egrederentur à familia, contra teſtatoris voluntatem, quod non eſt admittendum.

1218 Intelligitur tertiò, vt ſolùm pro tempore vitæ ſuæ poſſit grauatus ad ſatisfaciendum ſuis creditoribus alienare bona alienari prohibita, itaut poſt ejus mortem admittatur ſubſtitutus ad reuocanda bona alienata, ſiue eſſet ſubſtitutus ſimpliciter, ſiue ſolùm in caſum mortis: ſic Ruin. *in d. §. Diui, numer.* 37. *&* 57. & ibi Crot. *num.* 26. & Ripa *num.* 53. Paul. de Caſtr. *in l. pen. §. Sed quia, numer.* 4. *C. Commun. de leg.* Hieron. Gabr. *conſil.* 118. *num.* 4. *lib.* 1. Couar. *lib.* 2. *Variar. reſol. cap.* 16. *num.* 6. *verſ. Tertiò, in fin.* Maſcard. *de Probat. concluſ.* 1236. *num.* 54. Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 21. & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 542. *num.* 9. *& q.* 554. *num.* 13. per *d. l. Peto, § Prædium, ff. de Leg.* 2. vbi bona prohibita alienari in fauorem familiæ permittuntur vendi ex cauſa neceſsitatis; ſic tamen, vt poſt mortem grauati retineri non poſsint ab hærede extraneo. Vnde cauſa neceſsitatis hoc tantùm efficit, vt caſus ſeu conditio fideicommiſsi conferatur in tempus mortis: quare ſi tunc hæres extraneus grauato ſuccedat, fideicommiſſum committitur, & jus quæritur fideicommiſſario.

Ex quo infertur, quòd ſi fideicommiſ- 1219
ſarius moriatur ante grauatum, qui alienauit, non tranſmittit fideicommiſſum ad ſuos hæredes; ad *l.* 1. *§. Sin autem, Cod. de Caduc. tol.* & ita Peregrin. *d. num.* 21. & Fuſar. *d. q.* 542. *num.* 11. Infertur etiam, ſi ei, qui ob æs alienum bona prohibita alienauit, ſuccedat hæres is qui per fideicommiſſum vocatus erat ad ſuccedendum in re alienata, quòd tunc nec ipſe fideicommiſſarius, nec vllus alius de familia poteſt reuocare rem ab emptore: Gloſ. *in d. §. Prædium, verb. Exter hæres,* & ibi Barthol. *in tertia ſolut.* Imola Paul. de Caſtr. & alij, Peregrin. *ſup.* & cum multis alijs Fuſar. *q.* 542. *numer.* 12. *& q.* 557. vbi hanc traditionem latè declarat, & variè limitat: illum conſule.

Ad hæc quæri generaliter ſolet, vtrùm 1220
grauatus fideicommiſſo poſsit pro ſuis neceſsitatibus alienare bona Fideicommiſſaria, vt pro ſe liberando à carcere, &c. quam quæſtionem tractat latè Fuſar. *de Subſtitut. q.* 535. vbi multas ponit diſtinctiones, & declarationes, variaſq; DD. ſententias. Cæterùm, alijs omiſsis, reſolutio tenenda, eſt; ſi grauatus eſt carceratus, vel conſtitutus in alia non leui neceſſitate, & non habet aliunde quo ſe liberet, poteſt alienare de bonis fideicommiſſi quantum ad neceſsitatem ſubleuandam neceſſarium fuerit, ſi abſque ſua culpa ad eam deuenit: ſi autem ob aliquod delictum, vel ex alia culpa, licèt de ſe immediatè non ordinata ad caſum, vt quia

luxu,

luxu, & ludo multa bona conſumpſit, ex quo tandem ad paupertatem redactus eſt, tunc ſecus dicendum juxta communem DD. quam relatis pluribus tradit Fuſar. *d. q.* 335. *num.* 1. & 10. licèt nonnulli diſſentiant. Eam tamen idem Fuſar. cum multis alijs limitat *num.* 3. & 13. vt non procedat in deſcendentibus teſtatoris, cùm veroſimile ſit, quòd teſtator, ſi talem filij, aut nepotis caſum cogitaſſet, alienationem conceſſiſſet. Verùm ab hac limitatione recedunt Couar. *lib.* 2. *Variar. cap.* 16. *numer.* 9. *verſ. Tertiò*, & Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumpt.* 292. *ſub num.* 10. qui tamen admittit, ſuccurrendum eſſe filio ex bonis fideicommiſſi per modum eleemoſynæ: id quod relatis alijs tradit etiam Fuſar. *ſupra, numer.* 21.

1221 Ex his colliges, quod ſupradictum eſt, poſſe à grauato alienari bona fideicommiſſi pro ſoluendo ære alieno, quo ipſe tenetur, intelligi debere, niſi grauatus ſuâ culpâ contraxiſſet æs alienum, vt quia malè conſumpſit bona ſua, & propterea pecunias mutuò accepit ad ſe à carcere liberandum, vel ſimilem neceſſitatem ſubleuandam: Fuſarius plurimos referens *d. q.* 535. *num.* 10. Eadem namque eſt ratio in neceſſitate ſoluendi æs alienum, atque in alijs neceſſitatibus. Vnde etiam moderationes, quibus ſupra reſtrinximus permiſſionem alienationis ob æs alienum, locum ſimiliter habent in alienatione propter alias neceſſitates. Illud etiam nota, ſi grauatus, qui rem Fideicommiſſariam ob dictas neceſſitates alienauit, poſtea acquirat alia bona teneri ex acquiſitis ſatisfacere fideicommiſſario, vt cum Ruin. & Simon. de Præt. aduertit Fuſar. *d. q.* 535. *num.* 23. Vtrum ad alienandum in dictis caſibus requiratur decretum judicis? Alij affirmant, alij probabiliùs negant: vide Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 22. & Fuſar. *d. q.* 542. *numer.* 17. & *q.* 535. *num.* 26.

1222 Tertius caſus eſt, quando hæres grauatus fideicommiſſo vniuerſali, ſiue conditionali, ſiue etiam puro, res aliquas alienaret pro creditis, quibus teſtator ipſi erat obſtrictus, (hæc enim non adeo confunduntur, vt ea detrahere nequeat, Peregr. *de Fideicommiſſ. art.* 35.) vel pro legitima, ſi ei in bonis teſtatoris debeatur, vel pro Trebellianicâ, quàm poſſet detraheret. Valere namque & ſuſtineri irreuocabiliter hujuſmodi alienationem, loco detractionis, quam hæres pro dictis creditis, & quartis ſibi debitis facere poterat, communis eſt DD. ſententia, quam multis relatis tradunt, & latè declarant Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 39. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 543. Quomodo autem, & cum quibus moderationibus hæc alienatio fieri poſſit, vt ſit firma, nec fideicommiſſario fiat injuria? Res eſt ſatis intricata & difficilis, vt apud DD. citatos videre poteris.

Quartus caſus eſt, quando res ſubjec- 1223
tæ fideicommiſſo vniuerſali alienarentur ex cauſa permutationis cum alijs vtilioribus, vel magis commodis, & proficuis. Permittitur enim talis alienatio juxta Barthol. & alios communiter, *in l. Imperator, §. Cum autem, ff. de Leg.* 2. & ita relatis multis docent Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 40. *numer.* 32. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 530. qui addunt, hoc procedere, etiam ſi teſtator prohibuiſſet bonorum alienationem; & quidem ita ſentiunt Bald. *in Auth. Res quæ, num.* 22. *Cod. Commun. de legat.* Oldrad. *in l. vltim* & ibi Alber. *num.* 5. *Cod. de Rebus alien. non alien.* Iaſ. *in l. Filiusfamiliàs, §. Diui, in* 2, *lect. not.* 7. & ibi Crot. *num.* 114. Claud. *num.* 9. & Alciat. *verſ. Sic reſponſum eſt, ff. de Leg.* 1. Angel. *conſil.* 109. *col.* 1. Paul. de Caſtr. *conſ.* 299. *lib.* 2. *in nouis*, Ruin. *conſil.* 118. *numer.* 15. *lib.* 2. Socin. jun. *conſil.* 20. *col. vltim. lib.* 1. & *conſil.* 28. *numer.* 8. *lib.* 2. Felin. *conſ.* 92. *numer.* 4. Alban. *conſil.* 97. pro quo fuit judicatum, Natta *conſil.* 470. *numer.* 5. Petra Placentin. *tract. de Fideicommiſſ. quæſt.* 8. *num.* 525. Menoch. *conſ.* 1141. *num.* 26. Cephal. *conſil.* 719. *num.* 20. *lib.* 5. Afflict. *deciſ.* 336. Molin. *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 1. & multi alij, quos adducit Fuſar. *d. q.* 530. *numer.* 4. quanuis nonnulli etiam contradicant, quos idem Fuſar.

Fuſar. refert *num.* 5.
1224 Fundamentum hujus ſententiæ ſic am-
pliatæ eſt primo, quia per talem permu-
tationem non læditur perſona, cujus fa-
uore fuit prohibita alienatio, imo verò
meliùs cum ea agitur, cùm res alia vtili-
or pro alienata ſubrogetur: quando autem
ceſſat præjudicium talis perſonæ, ceſſat
etiam prohibitio. Vnde in tali caſu non
incidit alienans in pænam *l. Ex hoc edic-
to, §. Siquis alienauerit, ff. de Alienati-
one judic. mut. cau. facta*, quo argumen-
to vtuntur Angel. Paul. Caſtr. Natta, Pe-
tra, Peregrin. & Fuſar. *loc. ſup. citat.* Se-
cundò, quia licèt bona minorum alienari
non poſsint ſine certis ſolemnitatibus à
jure requiſitis, tamen ſi ſit facta in vtili-
tatem minoris, tenet, *l. Cum his, §. Cum
tranſactionem*, & ibi Gloſ. *ff. de Tran-
ſact.* ad quod plurimos DD. allegat De-
cian. *conſil.* 121. *num.* 55. *lib.* 3. vbi teſ-
tatur eſſe communem, & veriorem ſen-
tentiam. Tertiò, quia res Eccleſiæ quan-
uis prohibitæ ſint alienarit tamen aliena-
ri, & permutari poſſunt, in euidentem
vtilitatem Eccleſiæ, *cap. 1. & cap. Super,
de Reb. Eccleſ. non alien. cap. Terrulas,*
12. *q.* 1. Quartò quia res dotalibus, licèt
alioqui ſit inalienabilis, tamen ob vtilita-
tem poteſt permutari, *l. Ita conſtante, &
l. ſeq. & l. Si ex lapidicinis, ff. de Iure dot.*
neque ad hoc requiritur decretum judi-
cis, quanuis valde vtile ſit illud adhiberi:
Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 32. *fine.* Quin-
tò, quia bona feudalia, quæ non poſſunt
alienari, poſſunt tamen permutari, & bo-
na ſic permutata induunt naturam feuda-
lium. *cap.* 1. *§. Cum autem,* & ibi Afflict.
col. pen. tit. Si inueſtit. controu. fuerit,
Decian. *conſil.* 55. *num.* 34. *lib.* 3. Ruin.
conſil. 219. *col.* 4. *lib.* 1. Fuſar. *ſup. num.
6. ad fin.* Sextò denique, quia ita planè
videtur habere text. *in §. penult. verſ. Si
verò contigerit, Auth. de Reſtitution. fi-
deicom.*
1225 Ampliatur præterea hæc ſententia
primò, vt etiam cum rebus ipſius prohi-
biti fieri poſsit permutatio, ſeu ſubroga-
tio; nam vbi permutatio permittitur, lici-
ta etiam eſt ſubrogatio, cùm eadem ſit ra-
tio. Ita Alban. *conſil.* 97. *num.* 15. quem
ſequuntur Peregrin. & Fuſar. *loc. citat.*
Ampliatur ſecundò, vt pro tali alienatio-
ne facienda non ſit neceſſarium decre-
tum judicis, neque citatio fideicommiſ-
ſarij, ſeu illius cujus fauore prohibita eſt
alienatio: Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 32. *&*
35. & Fuſar. *d. q.* 530. *numer.* 18. *&* 19.
qui alios referunt.
Limitatur autem, vt non procedat 1226
quandocumque conſtiterit ſaltem præ-
ſumptiuè de contraria voluntate teſtato-
ris, vt quando is expreſſè prohibuit per-
mutationem: vel quando prohibita alie-
natione immobilium, expreſſè dixiſſet,
quòd certus aliquis fundus poſſet aliena-
ri, ſic tamen vt ex pretio emeretur alius
fundus, qui ſub fideicommiſſo continere-
tur; vel quando certam rem particularem
alienari prohibuiſſet; nam tunc ea res per-
mutari non poſſet: vel quando res eſſet
talis vt teſtator peculiarem affectionem
ad eam haberet, vt ſi eſſet turris ad fami-
lia, vel domus in vrbe notabilis, aut in
qua ipſe teſtator fuit educatus: quas om-
nes limitationes afferunt, & probant, re-
latis alijs DD. Peregrin. *d. art.* 40. *num.*
33. *& ſeq.* & Fuſar. *d. q.* 510. *à numer.* 7.
qui tandem rectè aduertit, quòd quando
licita eſt permutatio, res permutata venit
in reſtitutione fideicommiſsi; id quòd
plures alij apud ipſum monent, & dice-
mus *infra §.* 12. *num.* 1363. *& ſeqq.*
Quintus caſus eſt, quando res Fidei- 1227
commiſſariæ eſſent tempore perituræ,
vel deteriores efficiendæ, tunc enim
alienari poſſunt: Gloſ. *in l. Marcellus, §.
Res quæ,* & ibi DD. *ad Trebel.* Ripa *in l.
Cum res, ff. de Damno infecto,* Felin. *in
cap. Cum acceſsiſſent, numer.* 20. *de Conſ-
titut.* Mantica *de Conjectur. vltim. vol.
lib. 7. tit.* 8. *numer.* 22. *in antiqua edit. &
in nouiſsima, num.* 27. Peregrin. *de Fidei-
commiſſ. art.* 40. *num.* 37. & cum multis
alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 544. *numer.* 1.
argum. text. *in l. Et ſi ſine, §. Diſtrictè,
& in l. Verum, §. Si locupleti, ff. de Mi-
nor. & in l. Non ſolum, ff. de Petit. hæ-
red. & in l. Ariſto; & in l. Ait. prætor, ff.
de Iure deliber. & in l. Pro hærede, in
prin-*

princip. ff. de Acquir. hæredit. & alijs. Ex quibus notant etiam Peregrin. & Fuſar. *citat.* alienari ſimiliter poſſe res nimis oneroſas, & quæ magnos exigunt ſumptus, vel prout fuerit neceſſarium ad reparationem, aut conſeruationem aliarum rerum hæreditariarum, ſeu fideicommiſſariarum. Atque ex hujuſmodi cauſis non tantùm poteſt hæres alienare; verùm ſi non alienaret, & propterea res aliquæ pereant, tenetur fideicommiſſario de jactura: Gloſ. *in d. §. Res quæ,* & ibi DD. Peregrin. *d. num.* 37. & Fuſar. *d. q.* 564. *numer.* 2. Cæterùm pretium quod ex hujuſmodi alienatione redactum fuerit, reſtituendum eſt fideicommiſſario; vt Mantic. Peregrin. & Fuſar. *loc. citat.* alijque DD. notant.

1228 Sextus caſus eſt, quando tam hæres alienans, quàm emptor in quem alienatur; ignoraret rem eſſe ſubjectam fideicommiſſo: tunc enim valeret alienatio irreuocabiliter; & ſolùm pro pretio competeret actio fideicommiſſario aduerſus hæredem. Caſus eſt *in l. Quidam, §. fin. ff. Ad Trebel. & in l. Si hæres, & in l. fin. §. fin. ff. de Leg.* 2. & ita docent communiter DD. Barthol. *in d. l. fin. §. fin.* & ibi Bald. Alber. Imol. Paul. de Caſtr. & alij; Alex. *in l. Marcelus, §. Res quæ, num.* 3. *ff. Ad Trebel* & ibi Angel. *num.* 2. Iaſ. *in l. vltim. §. Sed quia; Cod. Communia de legatis,* & alij innumeri, quos longa ſerie referunt, & ſequuntur Peregr. *de Fideicommiſſ. art.* 40. *num* 38. *& art.* 45. *numer.* 24. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 556. *num* 1. Ratio videtur ſumi ex ipſa naturali æquitate, quæ poſtulat, vt id concedatur bonæ fidei eorum, inter quos ex ignorantia alienatio facta eſt. Vnde hac ipſa de cauſa, ſi hæres putatiuus bona fide alienet rem hæreditariam, non poteſt verus hæres eam poſtea vendicare ab emptore bonæ fidei, in quem alienata eſt, vt eſt caſus, *in l. Sed ſi lege, §. Item ſi rem diſtraxit, ff. de Petit. hæredit.* ſed tantùm poteſt agere pro pretio aduerſus hæredem putatiuum, quatenus eſt factus locupletior, & non vltra, vt ibi notatur per text. in eadem *l. in §. Conſuluit, & in §. Adeo autem.* Si autem vel alienans, vel acquirens ſciret rem eſſe fideicommiſſariam; tunc alienatio irreuocabilis non eſſet, cùm jus tali alienationi non patrocinetur. Ita ſupponunt communiter DD. & patet per text. *in d. l fin. §. fin ff. de Leg.* 2. ibi; *Propter juſtam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris.*

Procedit autem prædicta concluſio, ſiue 1229
ignorantia prouenifſet ex facto teſtatoris, ſiue aliunde; dummodò fuerit juſta, ſeu probabilis, vt eſt communis ſententia, quam relatis multis tradunt Peregrin. *d. art* 40. *num.* 39. & Fuſar. *d. q* 556 *numer.* 3. licèt aliqui contradicant. Procedit etiam, ſiue alienatio facta fuiſſet voluntariè, ſiue ex neceſsitate culpâ grauati incurſa: Petra Placentin. *de Fideicommiſſ. q.* 3. *num.* 47. & Fuſar *ſup. num* 6. Item ſiue fideicommiſſum fuerit vniuerſale, ſiue particulare; nam eadem in vtroque eſt ratio. Sic Paul. de Caſtr. *in l. vltim §. Sed quia noſtra;* & ibi Corn. *Cod. Commun. de legat.* Socin. ſen. *in l. Marcellus, § Res quæ, num.* 8. *ff. Ad Trebel.* Padil. *in Auth. Res quæ; numer.* 7. *Cod. Commun. de legat.* Peregrin. *ſub d. num.* 39 & cum alijs Fuſar. *d q.* 556. *num.* 10. licèt plurimi apud eundem Peregrin. & Fuſar. contradicant.

Limitatur autem primò; vt non pro- 1230
cedat in fideicommiſsis purè relictis, vel tempore alienationis jam purificatis. Nam textus, quibus dicta concluſio nititur; loquuntur tantùm in relictis conditionalibus. Atque ita ſentiunt communiter DD. vt apud Peregrin. & Fuſar. *loc. citat.* videre licet. Et quidem in fideicommiſsis, quorum dominium ipſo jure tranſit in fideicommiſſarium ante reſtitutionem (cujuſmodi ſunt fideicommiſſa pura rerum certarum; & vniuerſalia relicta Eccleſiis; pijs locis; & pauperibus, & ſi quæ ſunt alia, de quo alibi) limitatio videtur citra dubium; quia cùm dominium horum relictorum tranſeat rectâ viâ in fideicommiſſarium, & ſic non maneat penes hæredem, non poteſt is per alienationem transferre illud in alium. At ſi loquamur in fideicommiſsis, quorum domi-

minium reſidet penes hæredem, & non tranſit in fideicommiſſarium, niſi poſt reſtitutionem, cujuſmodi regulariter ſunt fideicommiſſa vniuerſalia, non videtur dicta limitatio admittenda, cùm ſimul cum dominio ex parte hæredis alienantis concurrat pariter bona fides tam ipſius alienantis, quàm ementis; quæ eſt ratio ob quam in caſu illorum textuum valet alienatio irreuocabiliter: & ita ſentit Ruin. *conſil.* 118. *num.* 14. *lib.* 2. vbi allegat Paul. de Caſtr. & Socin. ſen & dicit eſſe de mente Barthol. *in l. Imperator*, §. *vlt. ff. de Leg.* 2.

Limitatur ſecundò, quando adeſſet
1231 expreſſa prohibitio alienationis: tunc enim nihil proderit eſſe factam ex ignorantia, niſi tantùm ad hoc vt alienans nõ incidat in pœnam contrauentionis. Ita docent communiter DD; quos longa ſerie refert eos ſequens Fuſar. *d. q.* 556. *n.* 15. tenet etiam referens plures Peregr. *d. art.* 40. *ſub n.* 39. *verſ. Rurſus*, ubi rationem etiam reddit, quia expreſſa prohibitio ſtatim ab initio inualidat alienationẽ, & facit commiti fideicommiſſum fauore fideicommiſſarij; ita vt ex tunc dominiũ in eum tranſeat, vt notant ſcribentes *in l. Filiusfamiliàs §. Divi*, 2. *ff. De leg.* 1. & quia niſi locus eſſet fideicommiſſo, deſtrueretur ordinatio teſtatoris.

1232 Limitatur tertiò, vt non procedat quãdo fideicommiſſum eſt relictum vt maneat in familia: Alciat. *in l. vlt. n.* 7. *ff. de Leg.* 2 Bologn. *in d. l. Filiusfamiliàs*, §. *Divi*, *n.* 82. *ff. de Leg* 2 & alij. Ratio patet, quia alioqui euerteretur voluntas teſtatoris, qui voluit vt res in ſpecie conſeruaretur in familia.

1233 Limitatur quartò, ut non procedat in alienatione facta titulo lucratiuo; nam textus prædicti ſolùm loquuntur in alienatione facta per contractum onerosum; & cùm deciſio ſit exorbitans, extendi non debet vltra caſum expreſſum; maximè cũ diuerſa ſit ratio in alienatione lucratiua; nam faciliùs, & congruentiùs convenitur qui rem poſsidet titulo lucratiuo, quàm qui titulo oneroſo. Atque ita docent Cuman. *in d. l. fin.* §. *fin. ff. de Leg.* 2. *Ruin. in d. Auth. Res quæ*, *n.* 5. *C. Commun. de leg.* & cum alijs Peregrin. *d. art.* 40. *ſub n.* 39. *verſ. Præterea*, *& ſeq.* & Fuſar. *d. q.* 556. *n.* 13. licèt contrarium ſenſerint Alex. & Socin. ſen. *in d. §. fin. n.* 11.

Declaratur præterea dicta principalis 1234
concluſio, vt quando hæres non fuerit ſoluendo, detur fideicommiſſario recurſus aduerſus emptorem pro re, vel pretio, vt multis relatis DD notant Peregrin *ſub d. n.* 39. *verſ. Prior* & Fuſar. *d. q.* 556. *n.* 20. per tex. *in §. Si tamen*, *Authent. de Reſtit.* & *in l. Plane ſi filius*, §. *Si quis rogatus*, *ff. de Legat.* 1. Item pretium, quod pro re ignoranter alienatâ ſoluendum eſt fideicommiſſario, debet eſſe quod res valet tempore petitionis, & cognitionis fideicõmiſsi, vt latè probat Peregrin. *d. art.* 40. *ſub d. n* 39. *verſ. Dubium eſt*, *& ſeqq.* & notat Fuſar *d. q.* 556. *n* 23. licèt contrarium voluerit Ruinus apud Peregrin. cit. dicens ſolùm pretium receptum reſtitui debere.

Si quæras, vtrùm dicta ignorantia præ- 1235
ſumatur, itaut fideicommiſſario agenti incumbat probare ſcientiam? Reſpondet affirmatiuè cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 556. *n.* 26 qui tamen nonnullas circa hoc ponit declarationes, quas apud illum videndas omitto

Septimus caſus eſt, quando hæres fuit 1236
grauatus reſtituere quidquid tẽpore mortis ejus ſupererit ex hæreditate: tũc enim alienare poteſt ex tacita permiſsione teſtatoris. Et quidem juxta jus antiquum, poterat talis hæres alienare omnia bona, ſi modo non animo interuertendi fideicommiſſum, ſed bona fide arbitrio boni viri id faceret, prout expreſsè habetur *in l. Titius rogatus*, *ff. Ad Trebel.* At juxta jus nouum *in Auth. Contra cum rogatus*, *Cod. Ad Trebel.* & *in corpore vnde ſumpta eſt*, ſcilicet *in Auth. de Reſtitutionibus*, §. *Nobis ergo*, tenetur talis grauatus quartam partem reſeruare fideicommiſſario, præterquam in quibuſdam caſibus ibidem expreſsis; & ſi eam aliàs diminuat, ſeu alienet, ſuppletur de bonis ejus; & in ſubſidium hypothecaria aduerſus receptores agitur: verba *dict. Auth.*

Contra

Contra cum rogatus, ſunt: *Cum rogatus fuerit quis, vt ſine liberis decedens quod tunc ex hæreditate ſupereſt reſtituat, quartam inſtitutionis fideicommiſſario reſtituere cogitur: quod ſi contingat eam diminui, aut ex ipſius ſubſtantia ſuppletur, aut ea deficiente, in rem actio, & hypothecaria fideicommiſſario permittitur aduerſus rerum receptores: ex cauſa tamen dotis, ſeu propter nuptias donationis, ſeu captiuorum redemptionis, vel ſi non habeat unde faciat expenſas*, (ſcilicet pro ſuis alimentis) *hujus quartæ permittitur diminutio.*

1237 Circa quam Conſtitutionem dubitatur primò, vtrùm exceptâ dictâ quartâ, poſſit grauatus alienare pro libito reliqua bona, ſeu dodrantem? Qua in re tres ſunt opiniones. Prima indiſtinctè affirmat; pro qua adduci ſolent Gloſ. Cynus, Odofred. Bald. Paul. Caſtr. & Salic. *in dict. Auth. Contra cum rogatus*, item Gloſ. *in l. Imperator, §. vltim.* & ibi Barthol. *ff. de Legat.* 2. Jacob de Belouiſo *in dict. §. Nobis ergo*, & ibi Angel. *Auth. de Reſtitution.* Barthol. *in l. pen. ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. & Alber. Alex. *in d. l. Titius rogatus, verſ. Tamen hodie puto*, multique alij, quos refert Fuſar. *de Subſtit. q.* 545. *num.* 1. & ſequitur *num.* 3. *in fine.* vbi dicit hanc ſententiam eſſe magis receptam, & videri veriorem. Eandem tenent Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. reſol. cap.* 5. *num.* 16. & Peregr. *de Fideicom. art.* 40. *num.* 44. vbi dicit ſemper ſibi viſam fuiſſe veriorem, & ad finem teſtatur, juxta illam fuiſſe judicatum, ipſo aduocante. Probatur efficaciter ex text. *in d. §. Nobis ergo, Auth. de Reſtitution.* vbi reſeruatâ quartâ inſtitutionis fideicommiſſario reſtituendâ, permittitur grauato vti cæteris partibus, vt voluerit, ſicut perfectis dominis licet: ibi; *Et licentiam habere cum his ſicut voluerit vti, quemadmodum perfectis dominis competit.* Quibus verbis pleniſſimam poteſtatem illi tribuit Juſtinianus conſumendi pro libito integrũ dodrantem, vt ſatis manifeſtũ eſt.

1238 Confirmatur, quia Juſtinianus *in d. §. Nobis ergo*, ſolùm prohibuit donationes, quibus dicta quarta minueretur, reſpiciendo ad hoc quòd forſan fierent ſtudio interuertendi fideicommiſſum, vt patet ex textu ibi; *Et forſan ex ſtudio interuertendi*, &c. ergo cùm nihil tale pro reliquis partibus ſtatuerit, ſed potiùs abſolutè indulſerit, vt illis poſſet grauatus vti ſicut voluiſſet, planum eſt permitti ei, quòd poſſit eas conſumere, & diſſipare, etiam ex ſtudio interuertendi fideicommiſſum quoad illas, abſque fideicommiſſarij injuria Confirmatur prætereà, quia cùm olim ſolùm permitteretur hęredi, vt poſſet dictum fideicommiſſum alienare arbitrio boni viri, & proptereà magnæ in hoc eſſent ambiguitates, & contentiones, voluit Juſtinianus in dicto textu ſtatuere certam legem, qua ſolâ dictâ quartâ fideicommiſſario reſeruatâ, reliquæ omnes liberæ diſpoſitioni hæredis relinquerentur, & ſic omnes tollerentur ambiguitates: ergo ſimpliciter, & non ſolùm pro boni viri arbitrio, hæredi permittitur alienatio illius dodrantis.

Secunda opinio negat, poſſe dictum dodrantem alienari abſque juſta cauſa; quòd hac deficiente, præſumatur fieri alienationem doloſè animo interuertendi fidei commiſſum, & fraudandi fideicommiſſarium, quod lex non permittit, vt conſtat per text. *in d. l. Titius rogatus, ff. Ad Trebel.* ibi; *Si non interuertendi fideicommiſſi gratia tale aliquid factum probetur*, & ita hanc ſententiam tenent Paul. de Caſtr. *in d. l. Titius*, & ibi Comen. *num.* 2. Ruin. *conſ.* 109. *num.* 11. *lib.* 2. & alij, quos citat, & ſecutus fuit Menoch. *conſil.* 334. *num.* 60. *lib.* 4. licèt poſtea *lib.* 4. *de Præſumpt.* 188. *numer.* 14. dixerit hanc opinionem non eſſe veram: plures pro eadem adducit Fuſar. *d. quæſt.* 545. *num.* 2. 1239

Tertia opinio diſtinguit, & aliquo modo prædictas contrarias conciliat, aſſerendo, quòd aut alienatio facta eſt principaliter cauſâ interuertendi fideicommiſſum; & tunc procedit ſecunda opinio, aut non eſt facta principaliter animo interuertendi fideicommiſſum, ſed aliâ de cauſa, & tunc vera eſt prima opinio. 1240

Ita expreſsè relatis pluribus tenet Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 10. *tit.* 4. *num.* 21. & videtur etiam tenere Menoch. *d. præſumpt.* 188. *numer.* 15. *fine*, & nonnullos alios pro ea adducit Fuſar. *d. q.* 545. *num* 3.

1241 Nihilominus tamen recedendum non eſt à prima opinione, tenendumque valere alienationem dicti dodrantis, quamuis principaliter facta ſit animo interuertendi fideicommiſſum, & fraudandi fideicommiſſarium. Nam id manifeſtè conuincitur ex fundamentis pro prima ſententia adductis. Neque in tali caſu conſiderari poteſt dolus, vel injuria aliqua fideicommiſſario irrogari: cùm hæres habeat jus, & facultatem ad alienandum dictum dodrantem, vt voluerit: qui autem vtitur jure ſuo, non committit dolum, nec facit alteri injuriam; *l. Nullus videtur*, 55. *paulò poſt princip. verſ. Is tamen, ff. de Liber. hom. exhib.* ibi; *Dolo malo non videtur habere, qui jure ſuo vtitur*: latè Sanch. *lib.* 3. *de Matrimon. diſp.* 18. *num.* 29. Retentâ verò tertia opinione, non ſuſtinebitur alienatio, ſi probetur fuiſſe facta animo interuertendi fideicommiſſum; id quod ex conjecturis probari poteſt, quas multas in particulari adducit Fuſar. *d. q.* 545. *à numer.* 7. In dubio autem non præſumitur fuiſſe facta principaliter animo interuertendi, vt relatis pluribus tradit Peregrin. *d. art.* 40. *n.* 51. & Fuſar. *ſup. n.* 4. licèt aliqui apud eundem Fuſar. contrarium ſenſerint.

1242 Dubitatur ſecundò, vtrùm grauatus dicto fideicommiſſo poſsit alienare dodrantem, non ſolùm inter viuos, ſed etiam per viam teſtamenti, ideſt, teſtando de illis bonis in præjudicium fideicommiſſarij? Reſpondent affirmatiuè Bald. *in d. Auth. Contra cum rogatus, numer.* 9. & 10. & ibi Barbat. *in Addition. Cod. Ad Trebel.* multique alij apud Fuſar. *d. q.* 545. *num* 41. Contrariam tamen ſententiam, quòd ſcilicet per teſtamentum non poſſit fieri illa alienatio, tenent meritò Alex. *in d. l. Titius rogatus, num.* 9. & ibi Cuman. & Paul. de Caſtr. *ff. Ad Trebel.* Alciat. *in l. Pater*, §. *Fundum, numer.* 2. *ff. de Leg.* 2. Socin. ſen. *conſil.* 31. *n.* 13. & *conſil.* 99. *n.* 21. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 188. *n.* 17. Peregr. *d. art.* 40. *num.* 43. & *conſil.* 45. *lib.* 4. Intrigl. *de Subſtit. cent.* 3. *q.* 73. *n.* 29. & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 545. *n.* 42. Ratio eſt, quia teſtator juſsit reſtitui bona, quę ſupereſſent tempore mortis grauati: quæ autem non ſunt alienata inter viuos, ſed ſolùm per teſtamentum alicui relinquuntur, reuerà ſuperſunt tempore mortis ipſius relinquentis, nam licèt actus teſtandi fiat in vita, tamen effectus confertur poſt mortem, & ſic bona per talem actum relicta non transferuntur, nec cenſentur alienata dum teſtator viuit, atque adeo verè & propriè ſupereſſe dicuntur tempore mortis ejus. Ergo cùm fideicommiſſo ſuppoſita ſint omnia bona, quæ ſuperfuerint tempore mortis grauati, omnia illa relicta ad fideicommiſſarium ſpectant, nihil obſtante teſtamento, quo grauatus ea alteri reliquit, cùm voluntati fideicommittentis derogare non poſsit.

Illud tamen admittendum videtur, ſi fideicommiſſum relictum ſit de eo quod poſt mortem grauati ſupererit, ſeu repertum fuerit, non venire in tali fideicommiſſo bona, quæ grauatus, ſiue inter viuos, ſiue per vltimam voluntatem alienauit, exceptâ quartâ fideicommiſſario reſeruatâ, per text. *in d.* §. *Nobis ergo*, cùm illa etiam, quæ grauatus per vltimam voluntatem alteri reliquit, non videantur ſupereſſe poſt ejus mortem, ſiquidem ipſa morte eorum alienatio perficitur, & effectum habet. Præterea, etiam quando fideicommiſſum relictum eſt de eo quod ſupererit tempore mortis, ſuſtinenda videtur alienatio, quam grauatus faceret per vltimam voluntatem de bonis, quæ alteri reliquerit in ſatisfactionem debitorum, cùm talia bona jam in radice, & in cauſa alienata cenſeantur in vita grauati, nec videatur ſupereſſe quod debitum eſt. 1243

Ex dictis colliges, ſi grauatus nihil alienauit de bonis dicto fideicommiſſo ſubjectis, non poſſe ejus hæredes quidquam de illis retinere, ſed omnia debere reſtitui fideicommiſſario: Bald. *in dict.* 1244

Auth.

Auth. Contra cum rogatus, num. 6. & ibi Salic. *verſ. Quæro ſi nihil.* Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 16. *ampliat.* 2. & cum multis alijs Menoch. *d. præſumpt.* 188. *ſub num.* 19. Peregrin. *d. art.* 40. *numer.* 40. & Fuſar. *d. q.* 545. *numer.* 38. Ratio patet, ſiquidem in tali caſu omnia bona ſuperſunt tempore mortis grauati, & ſic omnia veniunt reſtituenda ex dicto fideicommiſſo relicto de bonis, quæ ſuperfuerint. Atque ita planè ſupponitur *in d. Auth. Contra cum rogatus, & in corpore vnde ſumitur.* Vtrùm autem in tali caſu poſsit detrahi Trebellianica? Negat Angel. Peruſ. *in l. Cogi, §. Inde quæritur, ff. Ad Trebel.* quòd, tale fideicommiſſum non ſit vniuerſale, nec ſequatur ejus naturam. At contrarium docet meliùs Anton. Gom. *loco proximè cit.* poſt Barthol. *in dict. l. Titius rogatus, quæſt. vltim.* Paul. de Caſtr. Imolam, & multos alios.

1245 Dubitatur tertiò, ſi ex rebus alienatis hæres grauatus comparauit alias, vtrùm hæ veniant in reſtitutione fideicommiſſi? Reſpondetur affirmatiuè per text. *in l. Imperator, §. fin. & l. ſeq. ff. de Leg.* 2. & ita Peregrin. *d. art.* 40. *ſub numer.* 44. *verſ. Alia eſt,* & Fuſar. *d. q.* 545. *num.* 44. poſt Alciat. *conſil.* 76. *numer.* 20. *lib.* 3. & alios. Idem tradit Anton. Gom. *dict. cap.* 5. *ampliat.* 4. Et idem eſt de pretio rerum alienatarum, ſi extet, quia in relictis vniuerſalibus pretium venit loco rei, & econtra: Anton. Gom. *loc. cit.* per *d. l. Imperator, §. fin.* Vnde etiam à fortiori, ſi grauatus res alienatas iterum acquirat, fideicommiſſario reſtituendæ ſunt, vt notat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 42. *num.* 20. & Fuſar. *ſup. num.* 45. poſt Barthol. *in d. l. Titius rogatus, col.* 1. *ff. Ad Trebel.* Quòd ſi facta ſit alienatio, pretium autem ſolutum non ſit, quando moritur grauatus, tunc etiam pretium ſpectabit ad fideicommiſſarium: Barthol. *in d. l. Titius, in fine,* & ibi Caſtr. *ff. Ad Trebel,* & cum alijs Fuſar. *d. q.* 545. *numer.* 43.

1246 Dubitatur quartò, vtrùm fructus ex bonis hæreditarijs percepti, & extantes temporè mortis grauati reſtituendi ſint vnà cum bonis ipſis non alienatis? Reſpondetur diſtinguendo duos caſus. Nam vel teſtator dixit; *Quidquid ſupererit ex hæreditate mea reſtituatur,* &c. & in hoc caſu fructus extantes medio temporè percepti ab hærede lucro ejus cedunt, & non reſtituuntur, vt eſt caſus, *in l. Deducta, §. penult. ff. Ad Trebel.* Et ratio eſt, quia hæreditas adita per hæredem amittit nomen hæreditatis, *l. Sed & ſi plures, §. Filio, ff. de Vulgari,* Gloſ. *in l.* 1. *§. Veteres,* vbi latè Jaſon, *numer.* 14. *ff. de Acquir. hæred.* & propterea fructus ab adita hæreditate percepti non dicuntur hæreditarij, ac proinde non veniunt in fideicommiſſo, quo reſiduum hæreditatis reſtitui præcipitur: vel dixit, *Quidquid ſupererit ex bonis meis,* vel, *ex hæreditate, & bonis.* Et tunc fructus extantes reſtituendi ſunt: nam etiam poſt aditam hæreditatem bona teſtatoris dicuntur, & fructus ex bonis ſunt. Ita diſtinguunt, & reſoluunt Barthol. *in d. l. Titius rogatus, ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. & Alex. *numer.* 6. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 188. *num.* 15. *& ſeqq.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 49. *num.* 29. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 626. *numer.* 39. & plures alij, quos refert, licèt in ſecundo caſu diſſentiant Imola *in d. l. Titius rogatus,* cujus argumentis ſatisfacit Alex. *ibidem.*

1247 Illud tamen non eſt omittendum, quòd alienata per hæredem grauatum in id quod ſupererit, ſunt illi imputanda in Trebellianicam, & alias detractiones, vt cum Paul. de Caſtr. Guid. Pariſ. & alijs notat Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 545. *numer.* 46.

1248 Octauus caſus eſt, quando teſtator expreſsè indulſit, vt grauatus poſſet alienare bona fideicommiſsi. In quo caſu certiſsimum eſt licere hæredi grauato eam alienationem; cùm habeat pro ſe teſtatoris voluntatem, quæ in teſtamentis totum facit, & regit. *l. Ex facto, ff. de Hæred. inſtit. l. In conditionibus, ff. de Condit. & demonſtr. l. Cum quæſtio, Cod. de Legat.* Hinc tamen

non leues oriuntur difficultates; quia in primis dubitatur, vtrùm talis hæres teneatur reſeruare quartam bonorum fideicommiſſario? Item an poſsit alienare pro libito, vel ſolùm ex iuſta cauſa? Item vtrùm dicta alienandi licentia, intelligatur de ſola alienatione inter viuos, vel etiam per vltimam voluntatem? Et præterea, ſi grauato conceſſa ſit facultas alienandi, vel diſponendi de certa ſumma, & ille moriatur, non facta ſpeciali diſpoſitione; an ejus hęredes eam habere poſsint, quaſi tacitè eis fuerit relicta? Quas omnes difficultates varijs hinc inde opinionibus, & declarationibus adductis, multiſque citatis DD. pertractant Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 40. *à num.* 46. *vſque ad* 62. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 546. *& quatuor ſeqq.* præſertim *q.* 549. *& ſeq.* apud quos videndas remitto.

Alienari præterea poſſunt res fideicommiſsi ex cauſa dotis conſtituendæ, vel reſtituendæ, juxta celebrem *Auth. Res quæ, Cod. Commun. de legat.* qui caſus cùm ſint valde celebres, & in praxi frequentes, ſub peculiari titulo *duobus ſeqq.* §§. explicandi ſunt.

§. 7. *De alienatione rerum fideicommiſſo ſubjectarum ex cauſa dotis conſtituendæ.*

SVMMARIVM.

Liberi grauati fideicommiſſo à teſtatore poſſunt ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias ſibi conſtituendæ, alienare bona ipſius fideicommiſsi; num. 1249. *Idque non tam ex præſumpta patris voluntate, quàm ex diſpoſitione juris; num.* 1250. *Excluditur quædam objectio in contrarium; num.* 1251.

Si pater prohibeat bona fideicommiſsi alienari per filium, vel filiam, etiam ex cauſa dotis, an talis prohibitio impediat dictam alienationem, ſeu detractionem bonorum fideicommiſsi ad dotis complemenum? num. 1252.

Ampliatur primò præfata reſolutio, vt etiam ex cauſa dotis ad ingrediendum Religionem poſsit filia, vel neptis teſtatoris alienare bona fideicommiſsi; num. 1253.

Ampliatur ſecundò, vt procedat etiamſi ſemel filia ſit dotata, ſi dotem abſque ſua culpa amiſit; num. 1254.

Ampliatur tertiò, vt procedat etiamſi ſubſtituta ſit cauſa pia; numer. 1255. *Excluditur quorumdam ſententia in contrarium; num.* 1256.

Ampliatur quartò, etiamſi ſubſtitutus ſit alter filius teſtatoris; num. 1257.

Ampliatur quintò, vt etiam pro feſtiuitatibus, & alijs impenſis nuptialibus, quæ ſecundùm morem patriæ fieri ſolent, dicta alienatio liceat: & quomodo id ſit intelligendum? num. 1258.

Ampliatur ſextò, vt etiam pro ſoluendo intereſſe decurſo propter dotem tempore debito non ſolutam dicta bona alienari poſsint; num. 1259.

Ampliatur ſeptimò, etiamſi fideicommiſſum relictum ſit cum vinculo maioratûs pro aliqua deſcendentia; num. 1260. *Subampliatur, & declaratur hæc ampliatio; num.* 1261. *& ſeq.*

Iura, quibus dicta principalis reſolutio nititur, ſolùm exprimunt, quòd filia, vel filius teſtatoris poſſunt ſe dotare ex bonis fideicommiſsi; num. 1263.

Extenditur autem horum jurium deciſio, primò vt etiam neptis teſtatoris poſsit ex cauſa dotis ſibi conſtituendæ dicta bona alienare; num. 1264.

Extenditur ſecundò, vt pater grauatus poſsit dicta bona alienare ad filiam, & alios deſcendentes dotandos; quod variè ſubextenditur; num. 1265.

Extenditur tertiò, vt quamuis filia jam ſit nupta, poſsit nihilominus dotari dè bonis fideicommiſsi, ſi nupſit indotata, vel cum parua dote; num. 1266.

Limitatur verò præfata reſolutio principalis primò, vt non procedat in bonis fideicommiſsi conſtituti per matrem, vel per auum, aut alium aſcendentem maternū; niſi in ſubſidium, quando bona paterna non ſufficiunt; n. 1267. *& ſeq.*

Limitatur ſecundò, quando extant bona libera, ex quibus ſufficiens dos conſtitui poſsit; num. 1269. Quid ſi tempòre alienationis in dotem non extabant bona libera ſufficientia, poſtea verò ſuperuenerunt? num. 1270.

Limitatur tertiò, quando filia fuit dotata per patrem grauatum ex bonis fideicommiſsi, & ſoluto matrimonio, dos reuerſa eſt ad patrem, ex pacto, aut ſucceſsione: nam tunc reſtituenda eſt fideicommiſſario; num. 1271. Declaratur, & ſublimitatur hæc limitatio; numer. 1272.

Quando mulier ſe ipſam dotauit ex bonis fideicommiſsi, quo fuerat grauata, & mortuo viro bona illa reperiuntur penes ipſam mulierem, nec extant aliqui ejus liberi, an debeant reſtitui ea bona fideicommiſſario? Prima ſententia negat; num. 1273. Excluduntur quædam objectiones contra hanc ſententiã; num. 1274. Secunda ſententia affirmat; num. 1275. & hæc præfertur; n. 1276.

Limitatur quartò, quando pater grauatus alienauit bona fideicommiſsi pro dotanda filia, poſtea verò ea ſibi emit, & tempore mortis ſuæ poſsidet: tunc enim ſunt reſtituenda fideicommiſſario; num. 1277.

Limitatur quintò, quando filia grauata fideicommiſſo malè conſumpſiſſet legitimam, & Trebellianicam: tunc enim non poſſet ſe dotare ex bonis fideicommiſsi; num. 1278.

Si pater grauatus malè conſumpſit legitimam, & Trebellianicam, impediaturne ſimiliter filiam dotare ex bonis fideicommiſsi? Quidam affirmant. Alij negant, & meritò; num. 1279.

Limitatur ſextò, vt ſi grauato volenti dotare accreſcat portio cohæredis ſimiliter grauati, non poſsit conſtitui dos ex portione quæ accreuit, ſed tantùm ex ea, cui accreuit. Contrarium tamen à multis probatur, & meliùs; numer. 1280.

Prò dotandis filiabus non poteſt pater grauatus alienare bona fideicommiſsi conſtituti à perſona prorſus extranea: niſi fideicommiſſum eſſet de bonis, quæ tempore mortis grauati ſupererunt; numer. 1281.

Vtrum mater, vel alius aſcendens, poſsit ex cauſa dotis ſibi conſtituendæ alienare bona fideicommiſsi conſtituti à deſcendente? Reſpondetur negatiuè; numer. 1282.

Vtrum dicta conceſsio alienandi ex cauſa dotis locum habeat in fideicommiſſo conſtituto à tranſuerſali reſpectu grauati? Reſpondetur negatiuè; numer. 1283. Limita in ſorore inope, quam frater fideicommittens tenebatur dotare; num. 1284. & ſeq. Procedit autem hæc limitatio reſpectu ſororis vtrimque conjunctæ, vel ſaltem conſanguineæ, non verò in vterina, numer. 1286.

Non videtur improbabile quod etiam puella extranea hæres inſtituta, & prohibita alienare, poſsit ſe dotare ex bonis fideicommiſsi, ſi aliàs non poſsit decenter nubere; num. 1287.

Nonus caſus in ordine, in quo poſ- 1249
ſunt alienari res fideicommiſsi, eſt,
ſi id fiat à filijs teſtatoris ex cauſa
dotis ſibi conſtituendæ: talis enim alienatio eis expreſsè permittitur *in l. Mulier, §. Cum præponeretur, ff. Ad Trebel. & in Auth. Res quæ, Cod. Communia de legat.* & *in corpore, ex quo ſumpta eſt*, videlicet, *in Auth. de Reſtitutionibus, & de ea quæ parit, §. Quamobrem*: verba dictæ Authenticæ ſunt, *Si liberis portio legitima non ſufficit ad dotis, ſiue donationis propter nuptias obligationem, permittitur res prædictas* (quæ ſcilicet reſtitutioni ſubjacent) *in eam cauſam alienari, vel obligari, pro modo honeſtati perſonarum congruo.*

Quæ deciſio non tam ad præſumptam 1250
patris teſtatoris voluntatem, quàm ad neceſsitatem, & obligationem conſtituendi filijs ſuis congruam dotem, aut donationem ante nuptias, referenda eſt; ita ut ſicut filius grauatus fideicommiſſo detrahit legitimam, vel ejus ſupplementum,

eoquod legitima de jure ei debetur ex bonis patris, ita etiam ſi legitima ei non ſufficiat ad congruam dotem, vel donationem ante nuptias, poſsit detrahere de fideicommiſſo quantum ad integrandam ipſam dotem, vel donationem neceſſarium fuerit, eoquod pater de jure tenetur illam conſtituere. Ita in ſpecie declarat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 42. *num.* 3. poſt Paul. de Caſtr. *conſil.* 80. *col.* 2. *lib.* 1. Curt. ſen. *conſ.* 27. *num.* 13. & alios quos refert, per text. *in §. Quamobrem, in d. Auth. de Reſtitutionibus*, ibi; *Siquis reſtitutionem fecerit*, (id eſt, fieri juſſerit, vt ibi exponit Gloſ.) *Rerum ſuarum, primùm quidem ſeruet filio legitimam partem; deinde ex aliqua ſubſtantiæ parte, ſi nō ſuffecerit legitima pars ad dotis, aut antenuptialis donationis oblationem honeſtè, & ſecundùm perſonarum qualitatem, & merita, excipere etiam hoc ad reſtitutionem, ſecundùm quod adjectum legitimæ parti dotem, aut antenuptialem facit donationem.* Quæ verba clarè demonſtrant, patrem, qui filium, vel filiam grauat fideicommiſſo, non ſolùm teneri relinquere ei legitimam, ſed etiam quod amplius neceſſarium fuerit ad dotem, vel antenuptialem donationem. Quod intelligendum eſt, cùm vltra legitimam non ſuppetunt alia bona libera, ex quibus dos, aut donatio illa compleatur, vt idem Peregrin. aduertit, & decidit Rota Romana in nouiſsimis *deciſ.* 137. *p.* 1. licèt contradicat Fuſar. *q.* 531. *numer.* 145.

1251 Objici poteſt text. *in d. §. Cum proponeretur*, vbi Juriſconſultus approbat alienationem rei fideicommiſſariæ factam per filiam teſtatoris ex cauſa dotis ſibi conſtituendæ, reddita ea ratione, ibi; *Dixi, non poſſe dici in euerſionem fideicommiſsi factum, quod & mulieris pudicitiæ, & patris voto congruebat*; quibus vltimis verbis planè ſignificatur, propterea dictam alienationem permitti, quia præſumitur eam eſſe voluntatem patris. Vnde ſubditur ſtatim, ibi; *Quare dicendum eſt, dotem decedere* (ſcilicet à fideicommiſſo) *acſi quod ſuperfluiſſet, rogata eſſet reſtituere.*

Reſpondetur primò, votum accipi in hoc textu pro officio, cùm pater de jure teneatur filias & neptes dotare, ad *l. Qui liberos, ff. de Ritu nuptiarum. & l. final. Cod. de Dot. promiſſ.* Reſpondetur ſecundò & meliùs, licèt in eo textu dicta alienatio permittatur ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris, attamen poſtea per jus nouum *in d. §. Quamobrem, Auth. de Reſtit.* inductam fuiſſe neceſsitatem non grauandi filium in id quod ad complendam dotem, vel donationem prædictā neceſſarium eſſet, vt conſtat ex verbis illius *§. num. præcedenti* adductis, ac præterea ex ratione, quam Imperator ibidem ſubdit, cum ait; *Si mulier reſtitutione grauetur, non impedimentum ad dotis oblationem fieri, ea enim, quæ communiter omnibus proſunt, ijs quæ ſpecialiter quibuſdam vtilia ſunt, præponimus*: quæ ratio non in teſtatoris voluntate, & affectione erga filios, ſed in communi vtilitate fundatur.

Hinc inferes, quid dicendum ſit in ea quæſtione, an ſi pater prohibeat bona fideicommiſsi alienari per filium, vel filiam, etiam ex cauſa dotis, talis prohibitio impediat prædictam alienationem, ſeu detractionem bonorum fideicommiſsi ad dotis complementum? In qua difficultate multi apud Peregrin. & Fuſar. *infra citat.* tenent partem affirmatiuam, quam eſſe magis receptam teſtatur Menoch. plures etiam pro illa referens *lib.* 4. *præſumpt.* 189. *num.* 116. Probant, quia parentes diſponere poſſunt, vt voluerint, de omnibus ſuis bonis vltra legitimam filijs debitam; in qua ſola eos grauare non poſſunt. Maximè verò procedit hæc ſententia, quando res certa prohibita eſt alienari, in fauorem familiæ, etiam ex cauſa dotis, vt præciſè volunt Socin. ſen. *conſil.* 75. *col.* 2. & 3. *lib.* 1. Pariſ. *conſil.* 63 *numer.* 37. & 46. & Aquenſis *in l. Filiusfamiliàs, §. Diui,* 2. *num.* 22. *ff. de Legat.* 1. 1252

At juxta ſupradicta tenenda ſimpliciter eſt pars negatiua, cum Barthol *in d. §. Diui, in* 2. *quæſt.* & ibi Jaſ. *in* 1. & 2. *lect.*

num.

num. 10. vbi dicit ab opinione Barthol. vti communiter receptâ, non eſſe recedendum, neque in conſulendo, neque in iudicando, Iacobo de Aret. Cyno, Bald. & Salic. *in l. Voluntas, Cod. de Fideicommiß.* Iaſ. *in d. Auth. Res quæ, col. vltim.* Paul. de Caſtr. *conſil.* 80. *& conſil.* 219. *lib.* 1. & multis alijs, quos citat & ſequitur Menoch. *ſub d. num.* 116. Peregr. *de Fideiuommiſſ. art.* 42. *num.* 6. *& ſeqq.* & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 53. *numer.* 71. Nam cùm pater, quando grauat filium, aut filiam in rebus eis relictis, non ſolùm teneatur relinquere eis legitimam, ſed præterea legitimæ adjicere tantam ſubſtantię ſuę portionem, quæ ſufficiat ad dotis, & antenuptialis donationis oblationem, vt per text. *in d. §. Quamobrem,* ſublata illi eſt poteſtas prohibendi, ne ex cauſa dotis poſsit filius, vel filia detrahere de rebus fideicommiſsi; & ita nihil refert, quòd prohibuerit talem detractionem fieri. Vtrum autem dicta obligatio dotandi filios ſit realis, itaut tranſeat cum bonis patris in quemlibet poſſeſſorem, res eſt controuerſa; pro qua videndus Peregrin. *loco proximè citat:*

1253 Sic intellectâ prædicta deciſione ampliatur primò tradita concluſio principalis, vt bona fideicommiſsi alienari etiam poſsint ex cauſa dotis ad ingrediendum Religionem, quando filia, vel neptis teſtatoris vult fieri monialis: Barthol. *in d. Auth. Res quæ, num.* 7. & ibi Bald. *num.* 13. Iaſ. *num.* 18. Curt. jun. *num.* 26. qui dicit eſſe communem. Padil. *num.* 54. & alij, *Cod. Commun. de leg.* Crot. *in l. Filiusfamiliàs, §. Diui, num.* 62. *ff. de Leg.* 1. & ibi Loazes *num.* 133. *fine,* Ripa *numer.* 71. & Socin. jun. *num.* 159. qui teſtatur de communi, Anton. Gom *in l* 40. *Tauri, num.* 87. *verſ. Septimò intellige,* Petra *de Fideicommiſſ. q.* 8. *num.* 418. vbi dicit eſſe communem, Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 57. Menoch. *d. præſumpt.* 189. *numer.* 89. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 531. *numer.* 28. Probatur, quia à matrimonio carnali arguitur bene ad matrimonium ſpirituale, quod fit per ingreſſum in Religione; & ſicut pater tenetur dare dotem pro matrimonio carnali, ita etiam pro ſpirituali: Bald. *in l. vltim. col.* 2. *Cod. de Dotis promiſ. & in Auth. Rogati, in princip. Cod. Ad Trebel.* Felin. *in cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ, numer.* 79. *verſ. Cæterùm via, de Conſtit.* & cum alijs Menoch. *ſup. num.* 91.

Ampliatur ſecundò, vt procedat etiamſi ſemel filia ſit dotata, ſi dotem abſque ſua culpa amiſit; nam tunc iterum de bonis fideicommiſsi dotanda eſt: ſecus tamen ſi culpâ ſuâ dotem amiſit: Petra *d. q.* 8. *num.* 457. & Fuſar. *d. quæſt.* 531. *numer.* 30. 1254

Ampliatur tertiò, vt locum habeat etiamſi ſubſtituta eſſet cauſa pia, vt Eccleſia, vel locus pius: Iaſ. *in dict. Auth. Res quæ, num.* 32. *ver. Duodecimò extende,* & ibi Bald. *num.* 5. Socin. ſen. *numer.* 4. Corn. *num.* 7. *fine,* & Padil. *numer.* 110. Decian. *conſil.* 6. *num.* 10. *lib.* 2. vbi teſtatur de communi, Tiraquel. *de Priuileg. cauſæ piæ, priuileg.* 102. Petra *de Fideicommiß. q.* 8. *num.* 445. Menoch. *d. præſumpt.* 188. *ſub num.* 137. Peregrin. *conſil.* 39. *in fine, lib.* 5. *& de Fideicom. art.* 42. *num.* 56. & Fuſar. plures referens, *d. q* 531. *numer.* 34. Pro qua reſolutione plures rationes affert Menoch. *citat. à numer.* 120. Duæ tamen ſunt præcipuæ. Prima eſt, quia propter piam cauſam non ceſſat obligatio, & neceſsitas, ex qua pater tenetur dotare filiam, in qua neceſsitate fundatur deciſio *d. Auth. Res quæ,* vt ſupra oſtendimus. Secunda eſt, quia non eſt bene ordinata charitas, qua quis propter piam cauſam vellet filiam manere indotatam; & communiter patres ex ipſa naturali pietate propenſiores ſunt ad ſubueniendum indigentiæ liberorum, quàm ad aliam piam cauſam, vt vel ipſâ experientiâ ſatis conſtat. 1255

Contrariam ſententiam magis probant Curt jun. *in d. Auth. Res quæ, num.* 32 Loazes *in d l. Filiusfamil. §. Diui, numer.* 98. *ff. de Leg.* 1. Curt. ſen. *conſil.* 46. *ad finem,* & Molina *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 6 *num.* 23. At eorum fundamenta bene refellit Menoch *ſup. num.* 132. *& ſeqq* Nec audiendi ſunt etiam in 1256

Digitized by Google

caſu quo teſtator expreſſerit, ſe relinquere tale fideicommiſſum pro ſalute animæ ſuæ, nam vt rectè aduertit idem Menoch. *num.* 137. talis expreſsio nihil addit vltra ſimplex fideicommiſſum relictum cauſæ pię; ſiquidem omnia pia relicta pro ſalute animæ fiunt, ſiue id exprimatur, ſiue non. Illud tamen admittendum cum eodem Menoch. *numer.* 139. Intrigl. *cent.* 7. *de Subſt. q.* 137. *numer.* 298. & Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 39. Si cauſę piæ relictum ſit fideicommiſſum pro malè ablatis, tunc non poſſe ex eo dotem conſtitui, nam tunc pia cauſa præfertur filijs, etiam in legitima: Angel. *in l. Precibus*, & ibi Dec. *numer.* 14. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſt.* Dec. *in l. Licèt, num.* 5. *ad fin. Cod. de Pactis*, Socin. jun. *conſil. pen. num.* 83. *lib.* 2. & alij. Ea eſt ratio, quia quod malè ablatum fuit per teſtatorem non computatur in bonis ejus, ſed eorum quibus reſtituendum erat, quorum loco ſubſtituta eſt cauſa pia.

Ampliatur quartò, etiamſi ſubſtitutus
1257 ſit alter filius teſtatoris frater grauati: nam in his terminis loquitur textus Authenticorum, quo ipſa concluſio principalis nititur, & facit text. *in l. Cum auus, ff. de Condit. & demonſtr.* Atque ita Padil. *in d. Auth. Res quæ, num.* 11. Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 56. & Fuſar. *d. q.* 531. *numer.* 53.

1258 Ampliatur quintò, vt non ſolùm pro capitali dote fieri poſsit dicta alienatio, ſed etiam pro feſtiuitatibus, & alijs impenſis nuptialibus, quæ ſecundùm morem patriæ fieri ſolent; cùm ſint de appendicibus, & connexis cum ipſa dote, quæ ſimul cenſentur conceſſa, *l. Ad rem mobilem, l. Ad latum, ff. de Procur. l. Oratio, ff. de Sponſalib. l. Quæ Religioſis, ff. Reiuendic. cum ſimil.* & ita Salic. *in d. Auth. Res quæ, num.* 5. Beroius *conſil.* 113. *num.* 4. *lib.* 2. Rolan. *conſil.* 19. *numer.* 8. *lib.* 4. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 42. *num.* 8. & alij apud Fuſar. *d. q.* 531. *numer.* 39. licèt contrarium ſentiat Curt. Iun. *in d. Auth. Res quæ, num.* 37. *fine*, vbi etiam Bald. *num.* 5. quos refert Menoch *d. præſumpt.* 189. *num.* 140. præterquam ſi vſus eas impenſas omnino requireret, & ſi illæ non fierent, maritus maiorem dotem vellet: tunc enim cum multis alijs fatetur, eas poſſe fieri de bonis fideicõmiſsi. Optima tamen videtur diſtinctio, qua Fuſar. *cit.* has opiniones conciliat, vt ſcilicet prima opinio procedat in expenſis moderatis, & neceſſarijs, juxta morem patriæ; ſecunda verò in immoderatis, & non neceſſarijs.

Ampliatur ſextò, vt etiam pro ſoluen- 1159
do intereſſe decurſo propter dotem tempore debito non ſolutam poſsint alienari bona fideicommiſsi, maximè ſi negligentia in exigenda dote marito imputari non poſsit. Sic Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 43. poſt Peregrin. *d. art.* 42. *poſt num.* 95. *in poſtremis editionib.*

Ampliatur ſeptimò, vt procedat licèt 1260
fideicommiſſum ſit relictum cum vinculo maioratûs pro aliqua deſcendentia. Sic Oldrad. *conſil.* 95. *numer.* 7. Alberic. *in tract. Statutorum*, 1. *p. q.* 144. Tiraquel. *tract. de Iure primogen. q.* 61. & 62. Meres *de Maiorat. p.* 4. *q.* 1. *limit.* 2. Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri, num.* 86. Gregor. Lop. *in l.* 24. *tit.* 9. *part.* 6. *in Gloſ. vlt.* Opizanius *in l. Filiusfamilias, §. Diui, num.* 140. *ff. de Leg.* 1. Plottus *conſ.* 87. *fine*; Padil. *in d. Auth. Res quæ, num.* 53. & 78. Petra *tract. de Fideicommiſſ. q.* 8. *num.* 500. Menoch. *d. præſumpt.* 189. *numer.* 175. Roderic. Soar. *in l. Quoniam in prioribus, limit.* 1. *ad legem Regiam, num.* 11. *Cod. de Inoffic. teſtam.* Peregr. *de Fideicommiß. art.* 42. *num.* 54. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 60. licèt contrarium voluerit Molina *de Primogen. Hiſpan. lib.* 4. *cap.* 6. *num.* 21. & Couar. *lib.* 3 *Variar. reſol. cap.* 6. *ſub numer.* 10. *verſ. Quartè non tantum, ad fin.* qui tamen ſolùm loquitur de maioratu inſtituto cum expreſſa prohibitione alienationis, nam ſi ea prohibitio non adſit, dubius manet, & cogitandum reliquit *in verſ. Poſtremo, in fine.* Tradita verò ampliatio probatur, quia in hoc etiam caſu militat tum præſumpta voluntas teſtatoris, qui maioratum inſtituit, tum etiam obligatio dotandi filiam, vel neptem grauatam

Digitized by Google

tam de bonis illius fideicommiſsi: quibus rationibus dicta principalis concluſio nititur, vt oſtenſum eſt. Accedit, quod dos ſuccedit loco legitimæ, *l. Quoniam nouella, Cod. de Inoffic. teſtam.* Barthol. *in l. Titio centum, §. Titio genero, num.* 9. *ff. de Condit. & demonſtr.* Conſtat autem, quòd in inſtitutione maioratûs reſeruari debet legitima alijs filijs, & ſic dos priùs debet deduci. Præterea dos debetur loco alimentorum: alimenta autem filiorum in ordinatione maioratûs reſeruari debent, vt etiam ipſe Molin. fatetur *lib.* 2. *de Primogen. Hiſpan. cap.* 15. *num.* 4. *&* 5. qui proinde *num.* 58. ſubdidit, teneri primogenitum maioratûs poſſeſſorem alere alios fratres.

1261 Et procedit hæc ſententia primò, etiamſi filia côſenſiſſet côſtitutioni maioratûs: Menoch. *d. præſumpt.* 189. *num.* 180. & Fuſar. *d. q.* 531. *numer.* 62. poſt alios, quos referunt; in generali enim renuntiatione non comprehenditur legitima, *l. Si quando, §. Et generaliter, Cod. de Inoffic. teſtam.* & conſequenter neque dos. Procedit ſecundò, licèt Princeps confirmauerit maioratum: Couar. *lib.* 3. *Variar. reſol. cap.* 6. *in fine*, & cum alijs Menoch. & Fuſar. *loc. cit.* nam voluntas Principis præſumitur legi conformis, ejuſque reſcripta intelligenda ſunt abſque præjudicio juſtitię.

1262 Vtrùm verò prædicta communis ſententia procedat ſimiliter in maioratu inſtituto per contractum, ſeu inter viuos? Negant Tiraquel. *d. tract. de Primogen. q.* 61. *num.* 9. Anton. Petra *de Fideicommiſſ. q.* 8. *num.* 440. Fuſar. *d. q.* 531. *numer.* 64. & alij eſtque de mente plurimorum, qui tenent bona prohibita alienari per contractum, non poſſe alienari ex cauſa dotis, vt videre eſt apud Peregrin. *d. art.* 42. *numer.* 58. & Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 80. qui innumeros pro hac opinione allegant, licèt multi etiam contrarium ſentiant, quos ijdem DD. referunt, & quidem ſatis probabiliter. Vnde Peregr. *num.* 59. *in fine*, cogitandum relinquit. Neque ego circa hoc meam ſententiam profero, ne in re ab inſtituto aliena moram faciam.

Plures alias ampliationes principalis concluſionis tradunt Menoch. *d. præſumpt.* 189. Peregrin. *d. art.* 42. & Fuſar. *d. q.* 531. præſertim circa perſonas ob quas dotandas bona fideicommiſsi alienari poſſunt. In juribus enim, quibus dicta concluſio nititur, idest, *in d. l. Mulier, §. Cum proponeretur, ff. Ad Trebel.* & in *§. Quamobrem, Auth. de Reſtitut.* ex quo ſumpta eſt *Auth. Res quæ*, ſolùm exprimitur quòd filius, vel filia teſtatoris poſſunt ſe ipſos dotare ex bonis fideicômiſsi, quo ſunt grauati, ſi legitima ipſis relicta non ſufficiat. Vnde ſi præciſè verbis illorum jurium inhærendum eſſet, non poſſent alij deſcendentes tali beneficio gaudere; quòd & à voluntate teſtatorum, & à communi penè omnium ſententiâ abhorret. Et ideò illorum jurium deciſio, atque adeo præfata principalis concluſio variè circa dictas perſonas extenditur. 1263

Primò extenditur, vt etiam neptes teſtatoris fideicommiſſo grauatæ poſsint alienare res fideicommiſsi ex cauſa dotis ſibi conſtituendę. Sic relatis multis Menoch. *d. præſumpt.* 189. *num.* 11. *& ſeqq.* Peregrin. autem *d. art.* 42. *num.* 35. declarat, id procedere in neptibus, & nepotibus tenentibus primum locum in ſucceſsione aui, quia eo caſu loco filiorum ſunt. Cæterùm Menoch. hanc reſtrictionem non ponit, & ſolùm declarat traditam extenſionem habere locum, quando pater non habet bona vnde filiam dotare poſsit; quòd tunc auus teneatur eam dotare: ſecus autem ſi pater bona habeat ſufficientia ad eam dotandam. Id quod etiam, relatis alijs, tradit Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 12. Maximè verò procedit hæc extenſio in nepte, quæ nata, vel ſaltem côcepta erat viuente auo: ſi enim illo jam mortuo nata, vel concepta ſit, multi credunt non poſſe pro ea dotanda alienari bona fideicommiſsi per auum conſtituti; quam ſententiam veriorem credit Peregrin. *d. art.* 42. *ſub num.* 37. At contrariam tenent communiter DD. vt videre eſt apud Fuſar. *cit. num.* 9. & Menoch. 1264

num.

num. 18. *& ſeqq.* vbi eam latè defendit, reſpondendo argumentis, quibus ab Alciato impugnatur.

Secundò extenditur, vt pater grauatus
1165 poſsit dictam alienationem facere ad filiam dotandam. Ita vno ore docere omnes *in d. Auth. Res quæ,* & ibi Barthol. *q.* 3. teſtatur Menoch. *d. præſumpt.* 189. *num.* 23. imò & pro dotandis omnibus deſcendentibus id grauato licere, ſcribit Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 7. Hæc reſolutio ſubextenditur, vt etiam id liceat pro dotanda filia naturali, & ſpuria, ſi nihil habeat vnde ſe dotare poſsit: ſic relatis plurimis Menoch. *vbi ſup. num.* 25. Peregr. *d. art.* 42. *num.* 38. & Fuſar. *loc. cit. num.* 13. *&* 15. vbi rejicit quorundam opinionem dicentium, dotem filiæ legitimæ datam ex bonis fideicommiſsi reſtituendam eſſe poſt ejus mortem fideicommiſſario. Subextenditur præterea, vt etiam per teſtamentum poſsit pater grauatus conſtituere dotem filiæ ex bonis fideicommiſsi: Barthol. *d. Auth. Res quæ, numer.* 5. & multi alij, quos citant & ſequuntur Menoch. *d. præſumpt.* 189. *num.* 44 & Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 16.

Tertiò extenditur, vt quanuis filia jam
1266 ſit nupta, poſsit nihilominus dotari de bonis fideicommiſsi, ſi nupſit indotata vel cum parua dote. Probat latè, relatis alijs, Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 39. & quòd pater grauatus pro tali filia dotanda poſſit alienare bona ſuppoſita fideicommiſſo, tradunt cum alijs permultis Menoch. *d. præſumpt.* 189. *num.* 52. *& ſeqq.* & Fuſar. *d. q.* 531. *numer.* 17. Quod maximè procedit quando filia fuit nupta patre conſentiente: vel, ſi nupſit abſque illius conſenſu, excedebat jam vigeſimum quintum annum ætatis. Si autem nondum illum exceſſerat, & nihilominus inſcio patre nupſit: in vtramque partem ſunt opiniones, ſiue nupſiſſet viro digno, ſiue indigno: quas opiniones earumque Auctores, & fundamenta adducit & latè declarat Menoch. *loco cit.* vbi etiam tradit, quæ perſona cenſeatur digna, vel indigna, cui filia matrimonio copuletur: circa quod videri etiam poteſt Fuſar. *dict. q.* 531. *à num.* 19. non enim oportet hic omnia minutatim referri. Unde etiam aliquas alias ampliationes minoris momenti, quæ à citatis DD. afferuntur, conſultò omitto.

Limitatur autem primò præfata con- 1267
cluſio principalis, vt non procedat in bonis fideicommiſsi conſtituti per matrem: talia enim bona non poſſe regulariter alienari à filia grauata ex cauſa ſibi dotem conſtituendi, tenet Accurſ. *in l. A filia, ff. Ad Trebel.* Barthol. *in d. Auth. Res quæ, num.* 3. *verſ. Quandocumque conſtituit,* & ibi Bald. *num* 9. Iaſ. *num.* 6. Curt. jun. *num.* 15. & Padil. *num.* 15. qui duo poſtremi teſtantur de communi, Menoch. *d. præſumpt.* 189. *numer.* 26. & cum multis alijs Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 45. & Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 104. quia onus dotandi filias pertinet ad patrem, non ad matrem, *l. Neque mater, Cod. de Iure dot. & l. vltim. Cod. de Dot. promiſ.* Atque idem eſt de bonis ſuppoſitis fideicommiſſo per auum, vel alium aſcendentem maternum, quæ ſimiliter ad neptis dotem alienari non poſſunt, vt cum Barth. Bald. Angel. Caſtr. Alex. & multis alijs notant Peregrin. *loc. cit.* & Fuſar. *vbi ſupra, num.* 105.

Intelligitur autem hæc limitatio, quan- 1268
do bona paterna ſufficiunt ad dotem filiæ conſtituendam: ſi enim non ſufficiant, tunc in ſubſidium tenetur mater ad illam dotandam, vt eſt communis DD. quam relatis multis tradunt Menoch. Peregrin. & Fuſar. *loc. cit.* & ſimiliter, ſi nec bona matris ſufficiant, dotari poteſt ex bonis fideicommiſsi per auum maternum conſtituti, vt citati DD. multis factis diſtinctionibus declarant: quanuis multi etiam
contradicant. 1269

Limitatur ſecundò, vt non procedat quando extarent bona libera, ex quibus ſufficiens dos conſtitui poſſet; tunc enim bona fideicommiſsi alienari nequeunt ex illa cauſa. Hæc eſt communiſsima omnium ſententia, quam relatis plurimis tradunt Molina *de Primogen. Hiſpan. lib.* 4. *cap.* 6. *num.* 2. Menoch. *d. præſumpt.* 189. *num.* 8. Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 66. & Fuſar.

Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 121. Ratio patet, quia illa alienatio ſolùm in ſubſidium permittitur, vt conſtat per *d. Auth. Res quæ*, & ideo fieri non poteſt, ſi extant bona libera congruæ doti ſufficientia. Vnde ſi in tali caſu fiat, poterit fideicommiſſarius vendicare res alienatas: Paul. de Caſtr. *in d. l. Mulier*, §. *Cum proponeretur*, *col.* 2. *ff. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 69. & alij, quos refert. Cui autem incumbat onus probandi extitiſſe, aut non extitiſſe alia bona libera? Valde controuerſum eſt apud Juriſtas, quorum tres opiniones diuerſas refert Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 123. *& ſeqq.* qua in re nobis immorari non licet.

1270 Quòd ſi tempore alienationis in dotē non extabant bona libera, poſtea verò ſuperuenerunt, tunc quidem bona fideicommiſſi alienata reuocari non poterunt, cùm legitimè in maritum mulieris dotatæ tranſierint, legitimè autem factum retractari non debet, *cap. Factum legitimè*, *de Regul. jur. in* 6. at pater grauatus, qui filium ſic dotauit, tenetur ex bonis liberis, quę poſtea acquiſiuit, ſupplere fideicommiſſum, quaſi ipſum fideicommiſſum vtile pro eo negotium gesſerit: & quia non conuenit, vt quis cum aliena jactura ſe ipſum à proprio, & naturali ſuo debito liberet, *l. Nam hoc natura*, *ff. de Condict. indebiti*, & ita docet Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 70. vbi dicit, ſe ita in facto obtinuiſſe in quadam cauſa, cui patrocinium præſtitit: idem cum alijs ſentit Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 53. contra Burſatum, quem refert.

1271 Limitatur tertiò, quando filia fuit dotata per patrem grauatum ex bonis fideicommiſſi, & ſoluto matrimonio dos reuerſa eſt ad patrem ex pacto, aut ex ſucceſſione; nam tunc reſtituenda erit fideicommiſſario: Barthol. *in d. Auth. Res quæ*, *num.* 8 & ibi Jaſ. *num.* 30. & Curt. jun. *num.* 27. *verſ. Secunda eſt*; vbi dicit eſſe communem ſententiam; Menoch. *d. præſumpt.* 189. *num.* 189. Peregr. *de Fideicommiſſ. art.* 42. *num.* 20. vbi dicit hanc ſententiam communiter recipi, Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 84. & alij. Probatur primo argum. text *in l. Si ſocius pro filia*, *ff. Pro ſocio.* Secundò, quia grauatus reſtituere quod ſupererit tempore mortis ſuæ, ſi alienet bona fideicommiſſi, & poſtea recuperet, tenetur illa reſtituere, *l. Imperator*, §. *fin. ff. de Leg.* 2. *l. Titius*, *ff. Ad Trebel.* & vtrobique DD. & diximus §. *ſuperiori.* Nec obſtat illud proloquium, quòd res ſemel effecta alienabilis perpetuò manet alienabilis, *l. Pater filium*, §. *Quindecim*, *ff. de Leg.* 3. Nam hic text. procedit quando prohibitio alienationis eſt perſonalis, qua ſcilicet grauatus perſonaliter fuit prohibitus alienare, non autem quando prohibitio eſt realis, vt notat Barthol. *in d.* §. *Quindecim*, & cum alijs Menoch. & Peregrin. *ſupra.* In noſtro autem caſu prohibitio alienationis eſt realis, & ſic perpetua.

Hæc autem limitatio intelligitur, quando matrimonium ſolutum eſt per mortem mulieris dotatæ. Nam ſi per mortem viri ſolutum eſt, reſeruari debet dos ipſi fæminæ, vt iterum poſſit nubere: Gloſ. *in d. Auth. Res quæ*, & ibi Cyn. *numer.* 5. Barthol. *num.* 7. *& ſeq.* Bald. *num.* 20. & alij Menoch. *d. præſumpt.* 189 *num.* 188. Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 20. & Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 87. Et probatur per text. *in Auth. Sed quamuis*, *Cod. de Rei vxor. act.* vbi pater non poteſt minuere dotem filię ſecundò nubenti. Intelligitur etiam, dummodo mulier decedat abſque liberis: nam ſi liberos relinquat, eis reſeruanda eſt illius dos, vt cum alijs notat Peregrin. *d. num.* 20. *&* 29. & ex illo Fuſar. *cit. numer.* 88. 1272

Quando autem mulier ſe ipſam legitimè dotauit ex bonis fideicommiſſi quo fuerat grauata, & mortuo viro, bona illa reperiuntur penes ipſam mulierem, nec extant aliqui ejus liberi, dubium eſt non leue, an in tali caſu bona illa reſtituenda ſint fideicommiſſario, vel potiùs effecta ſint omnino libera, & tranſitoria ad quoſlibet hæredes ipſius mulieris? Qua in re prima opinio eſt, bona manere prorſus libera. Ita Gloſ. *in d. Auth. de Reſtitutionibus*, *verb. Dare*, & ibi Angel. *verſ. Sed tunc quæro*: Barthol. *in d. Auth. Res quæ*, 1273

ſub

ſub num. 5. & ibi Paul. de Caſtr. *num.* 17. Bald. *num.* 11. Iaſ. *num.* 32. *verſ. Decimò ſextò extende*, Curt. jun. *num.* 48. & Padil. *num.* 46. Ludouic. Molin. *de Primogen. Hiſpan. lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 10. *fine*, Menoch *d. præſumpt.* 189 *num.* 193. *& ſeqq* & multi alij apud Peregrin. *infra cit.* & Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 90. Fundamentum eſt, quia quæ dotis conſtituendæ cauſâ alienantur, cenſentur à teſtatore poſita extra fideicommiſſum, juxta *d. l. Mulier, §. Cum proponeretur, ff. Ad Trebel.*

1274 Si opponas, quòd ceſſante cauſa, ceſſare debet effectus, *l. Adigere, §. Quamuis, ff. de Iure patron. cum ſimil.* & ſic quod in præſenti non impeditur reſtitutio ex fideicommiſſo, cùm mortuo viro, & vxore abſque liberis, ceſſet ratio dotis conſtituendæ. Reſpondet Menoch. primò, illud proloquium non procedere, quando effectus fuit conſummatus, vt in præſenti, cùm mulier reipſâ nupſerit, & dotem fuerit conſecuta. Reſpondet ſecundò & meliùs, quod ceſſante cauſa, non ceſſat effectus in jure jam quæſito, vt probat text. *in l. Poſt mortem, §.* 1. *& in l. Sed ſi poſt mortem, ff. de Bonor. poſſeſ. contra tab.* & tradunt multi apud Tiraq. *in tract. Quod ceſſante cauſa, p.* 2. *limit.* 12. in præſenti autem jus fuit quæſitum mulieri. Quòd ſi rurſus opponas, hinc ſequi, malè ſupra dictum eſſe, quòd quādo pater recuperat dotem, quam conſtituerat filiæ ex bonis fideicommiſsi, quo erat grauatus, tenetur illam reſtituere fideicommiſſario. Reſpondet idem Menochius, hunc caſum eſſe diuerſum: nam quando pater dedit dotem, & mortuâ filiâ, dos ad eum reuerſa eſt, recuperat ſuum priſtinum ſtatum, & ſic manet in fideicommiſſo: at quando filia ſe ipſam dotauit, manet dos penes illam in eodem eſſe, & ſic non redit ad priſtinum ſtatum fideicommiſsi.

1275 Secunda opinio tenet contrarium, ſcilicet dotem illam venire in reſtitutione fideicommiſsi: ſic Bald. *conſil.* 77. *lib.* 3. Corn. *conſil.* 3. *col.* 3. *lib.* Curt. jun. *in d. Auth. Res quæ, num.*48. & Riminal. jun. *conſil.* 23. *num.* 230. quos citat, & ſequitur Peregrin. *d. art.* 42. *numer.* 28. Probat, quia ſic prouidetur mulieribus, vt nubere poſsint, & minùs læditur fideicommiſſum. Nec obſtat text. *in d. §. Cum proponeretur*; imò verò ex eo hæc ipſa opinio confirmatur; nam ibi dicitur, quòd ex cauſa dotis bona decedunt à fideicommiſſo, ac ſi mulier rogata eſſet reſtituere, quod ſuperfuiſſet, ſcilicet, de tota dote, vel tempore mortis ejus de tota hæreditate, vt ibi declarat Gloſ. *verb. Acſi*: vnde quemadmodum rogatus reſtituere, quod ſupererit tempore mortis, tenetur reſtituere alienata, ſi ea recuperet, vt dictum eſt, *§. præced. num.* 1245. Ita ſi mulier recuperet dotem, quam ex bonis fideicommiſsi ſibi conſtituerat, eam reſtituere tenetur. Intelligitur autem hæc opinio in caſu, quo per mortem mulieris non ſuperſint reliquiæ matrimonij, vt liberi, vel maritus, qui ex pacto, vel ex lege loci, portionem dotis, vxore præmortua, lucratur; nam tunc reſtitutio ex fideicommiſſo non debebitur, vt cum alijs tradit Peregrin. *loc. citat. num.* 29. qui notat idem fore, cùm maritus inſtitutus eſſet hæres ab vxore, vt eſt caſus *in d. §. Cum proponeretur.*

Hęc ſecunda ſententia mihi magis pla- 1276
cet: ſed tamen prima propter auctoritatem videtur præferenda, maximè quando reſtitutio ex fideicommiſſo facienda eſſet extraneo: in quo caſu eam admittunt Caſtr. *in d. Auth. Res quæ, num.* 12. & ibi Corn. *num.* 13. Curt. jun. *numer.* 27. & alij, quos citat, & ſequitur Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 9. qui volunt, ſecùs dicendum eſſe, ſi reſtitutio facienda eſſet deſcendentibus teſtatoris: niſi fortè facienda eſſet alteri ejus filiæ, quæ ipſa dotem ſuam habuiſſet; nam ob æqualitatem ſeruandam, cenſent non oportere ei reſtitui.

Limitatur quartò, quando pater graua- 1277
tus alienauit bona fideicommiſsi pro dote filiæ conſtituenda, poſtea verò ea ſibi emit, & tempore mortis ſuæ poſsidet: tunc enim tenetur ea reſtituere fideicommiſſario, vt bene probat Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 22. & conſtat ſatis ex ſupradictis, *num.*

numer. 1270. *& ſeq.* licèt nonnulli apud eundem Peregrin. contradicant, quos ſequitur Fuſar. *dict. quæſtion.* 531. *numer.* 94.

1278 Limitatur quintò, quando filia grauata fideicommiſſo conſumpſiſſet legitimam, & Trebellianicam: quia tunc ſe dotare non poſſet ex bonis fideicommiſſi; nam ei, qui ſuâ culpâ ſe in neceſſitate poſuit, ſubueniendum non eſt, præſertim in præjudicium tertij, ad not. *in l. Si neceſſaria, ff. Qui ſatiſd. cog.* & ità in ſpecie Bald. *in Auth. Contra cum rogatus, num.* 7 *Cod. Ad Trebel.* Paul. de Caſtr. *in d. Auth. Res quæ; numer.* 11. & cum alijs Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 72. & Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 156. Hanc verò reſolutionem intelligo, quando bona à filia conſumpta ſufficerent ad congruam ejus dotem; nam ſi non ſufficerent, credo quòd poterit capere de rebus fideicommiſſi ad ſe dotandam, quantum ſimul cum bonis malè conſumptis ſufficientem dotem cõſtituere poſſet.

1279 Vtrùm verò ſimiliter dicendum ſit, quando pater grauatus malè conſumpſit legitimam, & Trebellianicam, ex quibus filiam dotare poſſet, itaut in tali caſu nequeat filiam dotare ex bonis fideicommiſſi? Affirmant Paul. de Caſtr. *d. num.* 11. *in Auth. Res quæ,* & ibi Jaſ. *col. vlt.* Socin. ſen. *col.* 2. & Padil. *circa finem,* & cum alijs Peregrin. *vbi ſupra.* At contrarium tenent meritò Bolognet. *in l. Filiusfamilias, §. Diui, num.* 185. *ff. de Legat.* 1. Socin. ſen. poſt Imolam, quem refert, *in l. Cum auus, num.* 76. *ff. de Condit. & demonſtr.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 189. *num.* 118. Rota Roman. *deciſ.* 457. *& deciſ.* 889. *num.* 4. *p.* 4. *in nouiſſim.* & cum alijs Fuſar. *d. q.* 531. *numer.* 158. vbi dicit ſe pro hac opinione ſæpius conſuluiſſe, & in práctica vidiſſe eam eſſe receptam in judicando. Ratio eſt, quia culpa patris grauati non debet filiæ nocere.

1280 Limitatur ſextò, vt ſi grauato volenti dotare accreſcat portio cohæredis ſimiliter grauati, non poſſit conſtitui dos ex portione quæ accreuit, ſed tantùm ex portione ejus, cui accreuit. Exemplum eſt, ſi teſtator inſtitutis tribus filijs maſculis, conſtituat fideicommiſſum reciprocum inter eos, & eorum deſcendentes maſculos, & vnus ex eis moriatur, ejuſque portio accreſcat alijs fratribus; quorum alter non habeat filios maſculos, ſed ſolùm fæminas: non poterunt hæ fæminæ dotari ex portione, quę patri accreuit, ſed tantùm ex portione in qua pater inſtitutus eſt. Sic in ſpecie Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 42. *num.* 55. *ad fin.* vbi pro eadem ſententia adducit Paul. de Caſtr. Viuian. & Riminal. jun. Ducitur, quia leges ſolùm permittunt conſtitutionem dotis ex bonis fideicommiſſi relictis ipſis dotantibus grauatis, non autem ex relictis alteri, veluti cohæredi, aut collegatario. Contrarium tamen probarunt Rota Romana *deciſ.* 457 *num.* 2. *verſ. Non obſtat, quod hæc repetita, & deciſ.* 889. *num.* 7. *p.* 4. *in nouiſſimis,* Petra *de Fideicommiſ. q.* 8. *num.* 409. & alij, quos refert Fuſar. *de Subſtit. q.* 531. *num.* 154. vbi dicit, ſe pro hac ſecunda ſententia conſuluiſſe *cõſil.* 38. & juxta illam fuiſſe tranſactum: Addit tamen, ſe aliquando pro prima opinione judicaſſe, & plura circa illam adducit. Ego verò ſecundam opinionem veram exiſtimò.

Hactenus dicta procedunt circa fideicommiſſum conſtitutum ab aſcendente perſonæ grauatę, & dotandæ; in quibus tantùm terminis loquuntur leges, quæ ex cauſa dotis permittunt alienari bona reſtitutioni obnoxia, vt initio *hujus §.* viſum eſt. Verùm verò etiam in fideicommiſſo ab alijs conſtituto illarum legum deciſio locum habeat? Breuiter explicandum eſt.

In primis ergo quæro, vtrùm pro 1281
dotandis filiabus poſſit grauatus alienare bona fideicommiſſi conſtituti à perſona prorſus extranea? Reſpondetur negatiuè. Sic Barthol. Bald. Salic. Paul. de Caſtr. & alij *in dict. Authent. Res quæ,* Couar. *lib.* 3. *Variar. reſolut. cap.* 6. *num.* 10. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 42. *numer.* 52. & Fuſar.

de Subſtitut. quæſt. 531. *numer.* 114. Quia in talibus bonis ceſſat ratio, ob quam in dictis legibus permiſſa eſt alienatio rerum fideicommiſsi ex cauſa dotis: ſiquidem in extraneo nec præſumitur voluntas, nec datur obligatio dotandi filias grauati; quæ eſt ratio ob quam in fideicommiſſo conſtituto ab aſcendente dicta alienatio permittitur. Intelligitur verò hæc reſolutio, niſi fideicommiſſum eſſet conſtitutum de bonis, quæ tempore mortis grauati ſupererant, nam tunc permittitur grauato alienare bona teſtatoris ex cauſa dotis, prout expreſsè habetur *in Auth. Contra cum rogatus, Cod. Ad Trebel.* & notant relatis multis Peregrin. *dict. articul.* 42. *numer.* 53. & Fuſar. *dict. quæſtion.* 531. *numer.* 115. & tradidimus latè *§. præced. numer.* 1236. *& ſeqq.*

1282 Quæro præterea, quid dicendum quando ageretur de fideicommiſſo conſtituto à deſcendente perſonę grauatæ, an ſcilicet talis perſona, (v.c. mater, vel auia fideicommittentis) alienare poſsit bona fideicommiſsi pro dote ſibi conſtituenda? Reſpondetur negatiuè ex ſententia Angeli *in dict. Auth. Res quæ*, & aliorum, quos citant & ſequuntur Peregrin. *dict. art.* 42. *numer.* 48. & Fuſar. *dict. quæſt.* 531. *numer.* 162. Ratio eſt, quia filius, vel alius deſcendens, non tenetur matrem, vel auiam dotare.

1283 Quæro tandem, vtrùm ſaltem in fideicommiſſo conſtituto à tranſuerſali reſpectu grauati locum habeat dicta permiſſio alienandi ex cauſa dotis? Partem affirmatiuam probarunt Gloſ. *in §. Quam obrem, verb. Si non ſufficeret, Auth. de Reſtitution. & ea quæ parit*, & ibi Iacob de Belouiſo Riminal. jun. *conſil.* 324. *numer.* 12. Menoch. *conſil.* 33. *numer.* 41. & alij apud Couar. & Fuſar. *infra citat.* At contraria opinio eſt communis, quam ſequuntur Barthol. *in dict. Authent. Res quæ, numer.* 4. & ibi Angel. *col.* 1. Curt. jun. *numer.* 18. & Padil. *numer.* 62. *&* 114. Paul. de Caſtr. *in l. Filiusfamil. §. Diui, numer.* 4. *ff. de Legat.* 1. & ibi Alex. *numer.* 10. Loazes *numer.* 141. *verſ. Vnum tamen*, Crot. *numer.* 60. & Opizon. *numer.* 145. Peira *de Fideicommiſs. q.* 8. *numer.* 412. Couar. *lib.* 3. *Variar. reſolut. cap.* 6. *numer.* 10. & alij permulti, quos citant & ſequuntur Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumpt.* 189. *numer.* 39. *& ſeq.* Peregrin. *dict. artic.* 42. *numer.* 49. & Fuſar. plurimos congerens *dict. quæſt.* 531. *numer.* 95. Ratio eſt, quia tranſuerſalis non tenetur dotare fæminam tranſuerſalem; nullo enim jure, aut probabili ratione tale onus tranſuerſalibus eſt impoſitum.

Limitatur autem hæc reſolutio in ſorore inope; hæc enim dotari poterit ex bonis fideicommiſsi per fratrem conſtituti: quia frater tenetur dotare ſororem non habentem vnde ſibi dotem conſtituat. Sic Barthol. & multi alij, quos citant & ſequuntur Menoch. Peregrin. & Fuſar. *vbi ſupra.* Et generaliter, quoties frater tenetur dotare ſororem, vt ratione Statuti, vel aliâ de cauſa, poteſt ſoror dotari ex bonis fideicommiſsi per ipſum fratrem conſtituti, vt citati DD. notant. 1284

Additque optimè Menoch. *ſub numer.* 42. quem ſequitur Fuſar. *dict. q.* 531. *numer.* 101. & Intrigl. *cent.* 3. *de Subſtitution. quæſt.* 73. *numer.* 218. quòd etiam quando frater eſt grauatus fideicommiſſo conſtituto ab alio fratre præfuncto, poteſt talis frater ſuperſtes alienare partem bonorum fideicommiſſi pro dotanda communi ſorore inope, etiamſi ipſe frater haberet bona propria, ex quibus eam integrè dotare poſſet; quia onus dotandi talem ſororem vtrique fratri eſt commune. 1285

Prædicta verò intelliguntur de ſorore vtrique conjuncta, aut ſaltem conſanguinea. Nam ſi tantùm ſit vterina, non tenetur frater eam dotare, quamuis ſciat eſſe valde inopem, vt probat text. *in l. Cum plures, §. Cum curator, ff. de Admin. tutor.* & ſic pro ea dotanda non poſſunt alienari bona fideicommiſsi per fratrem vterinum conſtituto. Sic Iaſ. *in d. Auth. Res quæ*, 2186

num.

num. 11. Angel. *in l. A filia, ff. Ad Trebel.* & alij quos citant, & ſequuntur Menoch. *d. præſumpt.* 189. *num.* 45. & Fuſar. *d. q.* 531. *num.* 102.

1287 Cæterùm cum prædictis ſtat, non videri improbabile quod tradit Fuſar. *ſup. num.* 103. vbi dicit, quòd ſi puella extranea ſit hæres inſtituta, & prohibita alienare bona, poterit nihilominus ſe dotare ex bonis fideicommiſſi, ſi aliàs non poſſit decenter nubere: & quod in his terminis videntur loqui Gloſ. & alij citati, *num.* 1282. *in princ.*

Plura circa præſentem materiam afferunt Menoch. Peregrin. & Fuſar. *loc. citatis*, quæ quia leuioris ſunt momenti, & facilè ex ſupradictis intelligi poſſunt, conſultò omitto.

§. 8. *De alienatione rerum fideicommiſſi ex cauſa dotis reſtituendæ.*

SUMMARIUM.

QVando filius teſtatoris eſt obligatus reſtituere dotem vxoris, & non habet legitimam, vel alia bona libera ad id ſufficientia, poteſt alienare de bonis fideicommiſſi paterni, quo eſt grauatus, quantum ad eam reſtitutionem faciendam, vel complendam opus fuerit; num. 1288. *& ſeq.*

Ampliatur primò, etiamſi talis filius ſeu maritus dediſſet fidejuſſores de reſtituenda dote: nec tenetur mulier agere contra fidejuſſores; num. 1290.

Ampliatur ſecundò, etiamſi tempore dotis datæ maritus haberet bona libera, quæ poſtea tempore reſtituendæ dotis ſunt conſumpta; num. 1291. *Contrariam ſententiam tenent aliqui, quæ eſt ſatis probabilis: non recedendum tamen à ſuperiori; num.* 1292. *& ſeq. Quid, ſi bona libera mariti extant apud tertios poſſeſſores, & ſolùm bona fideicommiſſi ſint apud maritum tempore dotis reſtituendæ? num.* 1294. *Dicta ampliatio ceſſat, ſi mulier expreſsè, vel tacitè conſenſit marito dilapidanti bona libera; num.* 1295.

Ampliatur tertiò, etiamſi tempore, quo mulier nupſit, jam maritus conſumpſerat legitimam, & Trebellianicam, cæteraque bona libera; num. 1296.

Ampliatur quartò, etiamſi mulier tempore contractus dotalis ſciuerit omnia mariti bona eſſe affecta onere fideicommiſſi; num. 1297.

Ampliatur quintò, vt ſi mulier obeat ſuperſtite marito, jus exigendi reſtitutionem dotis ex bonis fideicommiſſi tranſmittatur ad ejus hæredes; numer. 1298.

Ampliatur ſextò, etiamſi teſtator expreſſe prohibuiſſet alienationem, etiam ex cauſa dotis; num. 1299. *Quid, ſi teſtator per actum inter viuos alienationem prohibuiſſet? num.* 1300.

Ampliatur ſeptimò, vt non poſſit fideicommiſſarius reuocare bona ex cauſa dotis reſtituendæ alienata, etiamſi offerat dotem mulieri, vel pretium quo ex ea cauſa ſunt vendita; numer. 1301.

Limitatur primò dicta reſolutio principalis, vt non procedat reſpectu dotis confeſſatæ, quæ non fuit reipſâ numerata; num. 1302. *Vtrum hæc limitatio locum habeat, etiamſi jam ſit elapſum decennium datum ad excipiendum de dote non numerata? num.* 1303. *Non habet verò locum dicta limitatio, quando extarent conjecturæ quòd dos verè fuit numerata; num.* 1304.

Limitatur ſecundò, quando mulieri poteſt imputari culpa, eoquod potuerit exigere dotem à marito vergente ad inopiam, & rebus ſuis malè vtente, & non curauerit, cùm de jure id ei liceret. Videtur tamen ſatis dubia hæc limitatio; num. 1305.

Limitatur tertiò, in fideicommiſſo materno, vel ab aſcendente per viam maternam conſtituto, item in conſtituto per deſcendentem: vel ſi extent bona libera, ex quibus dos reſti-

reſtitui poſsit, *num.* 1306.

Limitatur quartò, vt non habeat locum in portione fideicommiſſaria ad maritum peruentâ per mortem cohæredis. Non placet tamen hæc limitatio; *numer.* 1307.

1288 Decimus caſus, in quo licita eſt alienatio bonorum fideicommiſsi, eſt, quando grauatus filius teſtatoris eſt obligatus reſtituere dotem, & non habet legitimam, vel alia bona libera ad id ſufficientia. Tunc enim poteſt alienare de bonis fideicommiſsi quantum ad eam reſtitutionem faciendam, vel complendam opus fuerit. Hæc reſolutio licèt habeat aliquos contradictores, quorum meminit Menochius, & Fuſarius *infra citat.* eſt tamen receptiſsima, & penè ab omnibus aſſeritur. Eam tuentur Gloſ. *in Authent. Res quæ*, & ibi Barthol. *quæſt.* 2. Ioan.Fab. *poſt princip.* Jaſ. *numer.* 29. Corn. *numer.* 12. Curt. jun. *numer.* 11 & Padil. *numer.* 47. *Cod. Commun. de legat.* Ripa *in l. Filiusfamil.* §. *Diui*, *numer.* 76. *ff. de Leg.* 1. Petra *de Fideicommiſſ. quæſtion.* 8. *numer.* 349. Couar. *lib.* 3. *Variar. reſolut. cap.* 6. *numer.* 10. *verſ. Quarto non tantùm*, Molina *de Primogen. Hiſpan. lib.* 4. *cap.* 6. *numer.* 7. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 190. *numer.* 1. *& ſequentib.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic.* 40. *ſub numer.* 37. *& articul* 42. *ſub numer.* 1. *aliíſque in locis*, & alij innumeri, quos refert eos ſequens Fuſar. *de Subſtitution. quæſt.* 532. *numer.* 1. *& ſub numer.* 2. vbi dicit quòd hodiernis temporibus temerarium eſſet ab hac opinione in conſulendo, & judicando recedere; quòd ſit receptiſsima, & ſemper viderit eam in practica ſeruari, omni prorſus dubitatione remota.

1289 Probatur efficaciter primò ex text. *in* §. 1. *&* §. *Sancimus*, *Authent. de Reſtitutionibus, & ea quæ parit*, prout illum optimè præ alijs ponderat Menoch. *vbi ſupra*. Secundò ex ratione, quam Juſtinianus *in dict.* §. *Sancimus*, reddit, cur permiſerit alienationem rerum fideicommiſſariarum ex cauſa dotis, quia ſcilicet, quæ communiter omnibus proſunt, præferri debent ijs quæ ſpecialiter aliquos juuant: quæ ratio æquè militat in alienatione pro conſtituenda dote, atque pro reſtituenda dote mulieris: cùm etiam publicè interſit ſaluas eſſe mulieribus ſuas dotes, ad hoc vt ſecundò & ſæpius nubere poſſint, & ne ob metum pauperis, ac miſerrimæ viduitatis, etiam à primis nuptijs abſtinere cogantur. Plura fundamenta affert Menoch. *citat.* quæ vitandæ prolixitatis cauſâ omitto.

Ampliatur primò tradita reſolutio, 1290 vt procedat etiamſi maritus dediſſet fidejuſſores de reſtituenda dote; vt quia ante matrimonium facta fuiſſet conuentio de fidejuſſoribus dandis, vel quia fidejuſſores principaliter, & in ſolidum ſe obligarent (in quibus caſibus valere fidejuſsiones pro dotibus, non obſtante regula *l. vnicæ*, *Cod. Ne fidejuſſores dotium dentur*, notat Peregrin. *dict. articul.* 42. *numer.* 74. poſt Paul. de Caſtr. & Curt. jun. quos refert, & plures alij ſunt caſus, in quibus illa fidejuſsio valet, vt aduertit Menoch. *dict. præſumption.* 190 *ſub numer.* 43. Tunc enim fieri poſſe à marito dotis reſtitutionem ex bonis fideicommiſsi, & non teneri mulierem agere contra fidejuſſores; docent Caſtr. *conſil.* 15. *col.* 3. *numer.* 2. *lib.* 1. *& conſil.* 80. *in fine*, Jaſ. *in dict. Authent. Res quæ*, *num.* 32. *verſ. Decimoquintò extendo*, & ibi Curt. jun. *numer.* 38. Padil. *num.* 49. *&* 50. & Cardin. Albanuſ. *numer.* 2. Menoch. *dict. præſumption.* 190 *numer.* 29. Peregrin. *vbi ſupra*, & cum alijs Fuſar. *dict. quæſtion.* 532. *numer.* 3. Probatur primò per text. *in l. Cauſam*, §. *Puellam*, *ff. de Manumiſſ.* vbi ſimilis prouiſio conuentionalis facta in ſubſidium non cenſetur derogare prouiſioni legali. Secun-

cundò, quia datio fideiuſſorum ad maiorem mulieris cautionem, & ſecuritatem, operari non debet diminutionem juris ei aliàs competentis; nam quæ ad argumentum inducta ſunt, diminutionem non operantur, *l. Legata inutiliter, ff. de Adim. leg. l. Cum tale, § vltim. ff. de Condit. & demonſtr.* Tertio quia fideiuſſores non fuerunt accepti à muliere, vt aliquid de ſuo jure minueret, ſed vt augeret, argum, *l. Ea tantum adjectio, ff. de Leg.* 3. Quarto denique, omiſsis alijs argumentis, quia abundans cautela non nocet, *l. Teſtamentum, Cod. de Teſtament.* Plura argumenta, quæ in contrarium fieri poſſunt, affert & ſoluit Menoch. *d. præſumpt.* 190. *num.* 54. *& ſeqq.* quem videas.

1291 Amplatur ſecundò, vt procedat etiamsi tempore dotis datæ marito haberet maritus bona libera, quæ poſtea tempore reſtitutionis dotis ſunt conſumpta; nam tunc etiam poterunt capi bona fideicommiſsi pro dotis reſtitutione. Sic Paul. de Caſtr. *in d. Auth. Res quæ, num.* 11. vbi teſtatur ita fuiſſe judicatum Florentiæ; idem tenet Iaſ. ibidem *col. vlt. limit.* 24. Gozzon. *in l. Filiusfamil. §. Diui, num.* 148. *ff. de Legat.* 1. Cagnol. *in l. vltim. numer.* 273. *Cod. de Pact.* Caſtr. *conſil.* 15. *conſil.* 80. *& conſil.* 219. *lib.* 1. Menoch. *conſil.* 33. *num.* 38. *verſ. Secundus eſt caſus,* & *d. præſumpt.* 190. *numer.* 44. Peregrin. *de Fideicommiſſ. q.* 8. *num.* 457. & multi alij, quos refert, & ſequitur Fuſar. *dict. quæſt.* 532. *num.* 7. Probatur primò, quia culpa mariti non debet nocere vxori, nam culpa ſuos tantùm debet tenere auctores, *l. Ex duobus, ff. de Negot. geſt. l.* 1. *ff. de Alien. judic. mut. cauſ. & l. Non debet, ff. de Regul. jur.* Secundò, quia prouiſio legis, quòd bona fideicommiſsi poſſent alienari ex cauſa dotis reſtituendæ, manauit principaliter fauore mulierum, & nuptiarum, vt mulieres faciliùs poſſent nubere. Ergò ex facto viri tolli non debet, quod mulierum fauore inductum eſt. Tertiò denique, quia teſtator tenebatur obligare bona ſua pro dote nurui reſtituenda, ad notata *in l. Si cum dotem, §. Transgrediamur,* vbi Barthol. *numer.* 7. & alij, *ff. Solut. matrimon.* & latè Fuſar. *dict. quæſtion.* 532. *ſub numer.* 2. *verſ. Primam teneo, poſt med.*

Contrariam tamen ſententiam magis probarunt Corn. *in dict. Auth. Res quæ, numer.* 12. Socin. ſen. *conſil.* 75. *numer.* 7. *&* 8. Gozadin. *conſil.* 95. *numer.* 12. Riminal. ſen. *conſil.* 115. *numer.* 7. *lib.* 1. & alij, quos citat, & ſequitur Peregrin. *dict. articul.* 42. *numer.* 15. Qui ea ratione ducitur, quam dicit efficaciſsimam; nam Iuſtinianus *in dict. Authent. de Reſtitution. §. Quamobrem,* vbi dictam prouiſionem fecit pro reſtituendis dotibus, non dixit ſimpliciter & abſolutè, quòd pro conſtituendis, & reſtituendis dotibus poſſent alienari bona fideicommiſsi paterni, ſicut aliàs conſtituerat *in Auth. Contra eum rogatus, Cod. Ad Trebel.* circa bona fideicommiſsi de eo quod ſupererit, ſed ſolùm obligauit patrem teſtatorem, tantam partem bonorum filijs relinquere, quanta ſimul cum legitima, & Trebellianica, ad dotium conſtitutionem, & reſtitutionem ſufficiat. Ergo cùm pater ſemel huic obligationi ſatisfecerit relinquendo filijs bonis ſufficientia, non manet ampliùs obnoxius ad ſupplendum de reliquis ſuis bonis, ea quæ filius dilapidauit, & ad dotem nurui reſtituendam ſufficerent. Vnde conſequens eſt non poſſe pro tali dote reſtituenda capi bona fideicommiſsi, quod pater ex reliquis bonis conſtituit, cùm tali reſtitutioni obnoxia non ſint.

Hæc ſententia eſt ſatis probabilis; 1293
non recedo tamen à ſuperiori reſolutione, cùm magis faueat dotibus, quas publicè intereſt ſaluas eſſe mulieribus: quæ fuit ratio ob quam ex cauſa dotis reſtituendæ permiſſa eſt alienatio verum fideicommiſsi, vt ſuprà vidimus.

Vnde etiam non placet diſtinctio 1294
qua Menoch. *d. præſumpt.* 190. *num.* 45.

prædictas opiniones contrarias aliquo modo conciliat, dicendo; primam traditionem ſibi magis probari, quando bona libera omnino ſunt conſumpta: ſecundam verò admittendam, quando bona libera apud tertios poſſeſſores reperiuntur, quòd tunc ſimpliciter extent ipſa bona libera, quæ pro reſtituenda dote fuerunt obligata, & poſsit mulier aduerſùs poſſeſſores agere. Quam partem alij etiam admittunt, vt Caſtr. *conſil.* 359. *dub. vltim. lib.* 1. Socin ſen. *conſil.* 75. *col.* 1. & 4. *lib.* 1. & Franc. *deciſ.* 519. vbi dicit ita obtinuiſſe. Non placet tamen hæc diſtinctio, ſed tenendum ſimpliciter eſt, quod etiam quando bona libera à marito alienata extent apud tertios poſſeſſores, poteſt mulier inſiſtere, vt ex bonis fideicommiſſarijs per maritum tempore ſoluti matrimonij poſſeſſis, ſibi fiat reſtitutio ſuę dotis, quamuis etiam aduerſùs tertios poſſeſſores bonorum liberorum agere poſsit, ſi velit: habet enim in hoc electionem, vt multis relatis tradunt Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 18. ſuppoſita prima opinione, & Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 10. Ratio verò ob quam ei licet capere bona fideicommiſſi eſt, ne cogatur experiri aduerſùs tertium poſſeſſorem, qui ſibi ſit durior aduerſarius, cùm faciliùs ei ſit inſiſtere in bonis apud maritum repertis. In eo tamen caſu dabitur fideicommiſſario recurſus aduerſùs tertios poſſeſſores, vt ex bonis liberis mariti apud eos repertis ſibi ſatisfiat: Curt. jun. *conſil.* 59. *ante numer.* 8. Menoch. *conſil.* 33. *col. vltim.* & *de Arbitr. lib.* 2. *caſu* 182. *ad finem*, & cum alijs Peregrin. *d. num.* 18. & Fuſar. *num.* 12. qui notant tutius eſſe, vt mulier cedat fideicommiſſario jura ſua aduerſùs tertios poſſeſſores, & quòd ille ex juribus ceſsis agat.

1295 Limitanda tamen eſt prædicta ampliatio, vt non procedat quando mulier expreſsè, aut tacitè conſenſiſſet marito dilapidanti bona libera, nam tunc ſibi debet imputare. Sic Jaſ. *in d. Auth. Res quæ, in fine*, Petra *de Fideicommiſſ. q.* 8. *num.* 458. *verſ. Pro hoc facit*, Menoch. *d. præſumpt.* 190. *num.* 46. *fine*, & *conſil.* 1127. *num.* 21. & *ſeqq.* & Fuſar *d. q.* 532. *num.* 13.

Ampliatur tertiò, vt locum ſimiliter habeat, quando tempore quo mulier matrimonium contraxit, jam maritus conſumpſerat legitimam, & Trebellianicam, cæteraque bona libera. Nam tunc etiam dos reſtituenda poteſt deduci ex fideicommiſſo, vt latè probat Corn. *in d. Auth. Res quæ, col.* 3. & refert Curt. jun. *conſil.* 59. *num.* 3. *verſ. Tota igitur*, Menoch. *d. conſil.* 33. *num.* 48. *verſ. Tertius eſt caſus*, Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 16. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 13. Aliqui apud Peregrin. *cit.* hoc limitant vt non procedat, quando mulieri poteſt negligentia imputari, vt quia viderit maritum dilapidare, & non curauerit dotem ſuam in tuto poni: ſed hanc limitationem latè impugnat Eugen. Paruſ. *conſil.* 54. *num.* 4. Et vero non debet imputari mulieri, quod mariti conditionem non explorauerit, quia hominis conditionem exſtimare, potiùs eſt virilis animi, quàm feminei, *l. fin. ff. Qui pot. int.* Sic Peregrin. *loc. cit.* poſt Curt. jun. Crot. Rip. Couar. Menoch. & alios quos refert. 1299

Ampliatur quartò, vt procedat quamuis mulier tempore contractûs dotalis ſciuerit omnia mariti bona eſſe affecta oneri fideicommiſsi, nam tunc etiam poterit exigere dotis reſtitutionem ex bonis fideicommiſsi. Anan. *conſil.* 61. *dub.* 3. & ibi Bologn. Alex. *conſil.* 67. *num.* 4. *lib.* 4. Couarr. *lib.* 3. *Variar. cap.* 6. *num.* 10. *verſ. Quartò non tantum, ad med.* Ripa *in l. Filiusfamiliàs*, §. *Diui, num.* 77. *ff. de Leg.* 1. Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 17. Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 15. & alij licèt contradicant non pauci, quos idem Peregrin. & Fuſar. adducunt, inter quos eſt Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 190. *numer.* 47. vbi alios refert. Ratio eſt, quia licèt mulier ſciat bona viri eſſe ſubjecta fideicommiſſo, ſimul etiam nouit eſſe obligata pro reſtitutione dotis, deficientibus bonis liberis, & ita propter illam ſcientiam non poteſt imputari, quòd culpâ ſuâ ſe conjecerit in periculum amittendi dotem: maximè 1297

ximè cùm non ſit in poteſtate teſtatoris prohibere, ne bona ſui fideicommiſsi alienentur pro dotis reſtitutione, vt conſtat ex dictis §. *præced. poſt initium*.

1298 Ampliatur quintò, vt ſi vxor moriatur ſuperſtite marito, jus exigendi dotis reſtitutionem ex bonis fideicommiſsi tranſmittatur ad hæredes vxoris: Bald. *in d. Auth. Res quæ, num.* 11. & ibi Paul. de Caſtr. *num.* 8. Iaſ. *col.* 9. *&* 10. & Padil. *num.* 70. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Mortua itaque, numer.* 115. *de Teſtament.* Peregr. *de Fideicommiſſ. art.* 42. *num.* 41. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 18. Quia jura nobis competentia regulariter tranſmittuntur ad hæredes, *l. Hæredem, ff. de Reg. jur. l. Non ſolum, ff. de In integr. reſtit.*

1299 Ampliatur ſexto, vt locum habeat dicta reſtitutio quanuis teſtator expreſsè prohibuiſſet alienationem, etiam ex cauſa dotis. Ita Surd. *deciſ.* 62. vbi teſtatur ita fuiſſe judicatum, Cephal. *conſil.* 574. Iaſ. *conſil.* 262. *num.* 5. *&* 6. *lib.* 3. Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 42. *num.* 6. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 21. licèt multi diſſentiant, quos hi duo poſtremi referunt. Ratio eſt, quia pater ſicut tenetur dotare filiam, ita etiam pro filio tenetur aſſecurare dotem nurus, vt poſt Din. & Barthol. notant omnes *in l. Si cum dotem, §. Transgrediamur, ff. Solut. matrim.* idque licèt filius, vel filia nubant poſt patris mortem, quia hæc obligatio inhæret bonis, vt Peregrin. admonuit, *d. art.* 42. *num.* 7. & ita *in d. Auth. de Reſtitution.* hoc priuilegium dotibus conceditur independenter à voluntate teſtatorum, vt rectè ponderat Peregrin. *loc. cit. numer.* 3. & nos etiam pro conſtitutione dotis probauimus §. *præced. num.* 1250. *& ſeq.*

1300 Si tamen pater per contractum, ſeu actum inter viuos alienationem prohibuiſſet, an tunc etiam liceat alienatio ex cauſa dotis reſtituendæ? Negant plerique, quos refert Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 58. quibus accedit Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 22. cum multis alijs, quos citat, *q.* 531. *num.* 80. Aliqui tamen affirmant, vt apud citatos videre licet. Inter quas opiniones cogitandum relinquo, cum eodem Peregrino *num.* 59. *fine*.

Ampliatur ſeptimò, vt in tantum valeat alienatio rerum fideicõmiſſariarum ex cauſa dotis reſtituendæ, quod non poſsit fideicommiſſarius ea reuocare, oblata dote mulieri, cui res ſunt datæ in ſolutum, vel oblato pretio poſſeſſori ipſarum rerum alienatarum. Ita Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 24. & Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 19. qui alios referunt idem tenentes in ſimili pro alienatione ex cauſa dotis conſtituendæ. Ratio eſt, quia cùm jus in his caſibus permittat alienationem rerum fideicommiſſi, & ſic talis alienatio ſit rite facta, non debet propter oblationem pretij reſcindi in præjudicium emptoris, argum. *l. Diuum, Cod. de Contrah. empt.* Et præterea, qui alioqui non facilè inuenirentur emptores, ex quo publica cauſa dotis non parum læderetur, contra intentionem legum dotibus fauentium. Hoc tamen intellige, niſi alienatio eſſet facta in fraudem, & euerſionem fideicommiſsi, quod deprehendi poterit, tum ex modicitate pretij, tum ex qualitate rei venditæ, vt ſi eſſet pretioſior cæteris, cùm pretioſiores potius eſſent ſeruandæ. Ita Fuſar. *loc. cit.* poſt Cephal. quem refert. 1301

Limitatur autem primò præfata reſolutio principalis, vt non procedat reſpectu dotis confeſſatæ, quæ non fuit reipſa numerata: hæc enim non gaudet dicto priuilegio, quod etiam ex bonis fideicommiſsi reſtituenda ſit, vt eſt communiſsima DD ſententia, quam relatis plurimis tradunt Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 190. *num.* 50. Pereg. in. *d. art.* 42. *num.* 83. & Fuſar. *d. q.* 532. *numer.* 23. Ratio eſt, quia dictum priuilegium fuit conceſſum doti veræ, & propriæ: dos autem ſolum confeſſata non eſt verè dos, vt probant Bald. *in l. Aſsiduis, num.* 9. *Cod. Qui potior. in pign. habeant.* & Socin. ſen. *in l.* 1. *num.* 87. *ff. Solut. matrim.* Confirmatur, quia alioquin eſſet in poteſtate grauatorum hujuſmodi confeſsionibus jura fideicõmiſſorum ſubuertere, & præjudicare ſubſtitutis, quod admitti non debet. 1302

1303 Hanc limitationẽ reſtringuunt multi ad caſum quo nondum ſit elapſum tempus decennij datum ad excipiendum de dote non numerata. Si enim tale tempus jam ſit elapſum, credunt dictum priuilegium locum habere in illa dote. Ita Opizon. *in l. Filiusfamil. §. Diui, num.* 146. & ibi Ripa, *num. 77. ff. de Leg.* 1. Rubeus *conſil.* 78. *num.* 9. *& ſeqq.* Petra *de Fideicommiſſ. q.* 8. *num.* 380. *verſ. Secundus eſt*, Menoch. *d. præſumpt.* 190. *num.* 51. Peregrin. *d. num.* 83. & alij apud Fuſar. *ſup. num.* 26. Mouentur quia dos confeſſata habet omnia priuilegia dotis, tum quoad prælationem aduerſus creditores mariti; tum quoad cætera omnia, quando elapſa ſunt tempora exceptionis non numeratæ dotis, vt per Barthol. *in d. l. Aſſiduis, col. vltim. Cod. Qui potior. in pign. habean.* Afflict. *deciſ.* 402. Boer. *deciſ.* 330. *col.* 3. vbi teſtatur de communi, Craueta *conſil.* 40. *col.* 2. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 3. *præſumpt.* 12. *&* 13. vbi latè pertractat, quando dos confeſſata præjudicat marito, atque ejus hæredibus, & creditoribus, & alios. At quòd etiam poſt illud tempus elapſum dictum priuilegium non competat doti confeſſatæ, probabilius ſentiunt Pariſ. *conſil.* 52. *col. vlt. lib.* 2. Aretin. *in d. l.* 1. *col.* 7. *ff. Solut. matrim.* Socin. ſen. *ibid. col.* 17. *verſ. Tertia concluſio*, Jaſ. *in d. Auth. Res quæ, num.* 33. *limit.* 9. Alban. *conſil.* 522. *numer.* 11. & Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 28. ex ratione ſuprà tradita, ne ſit in facultate grauati ſubuertere fideicommiſſum in prejudicium ſubſtituti.

1304 Quando autem extarent conjecturæ, quòd dos verè fuerit numerata, vt quando per inſtrumentum, vel aliam ſcripturam authenticam conſtaret, dotem fuiſſe promiſſam ante contractum matrimonium, tunc confeſsio dotis receptæ ſufficeret, vt dictum priuilegium locum haberet, vt relatis pluribus tradit Fuſar. *loc. ſup. cit.*, qui etiam *num.* 29. aduertit, idem eſſe quando confeſsio facta eſſet alicui tertio, qui dotem promiſiſſet.

1305 Limitatur ſecundo, quando mulieri poteſt imputari culpa, eo quòd potuerit exigere dotem à marito vergẽte ad inopiam, & rebus ſuis malè vtente, & non cauerit, cùm de jure id ei liceret, vt per *l. Si conſtante, ff. Solut. matrim.* & ibi DD. *& l. Vbi adhuc, Cod. de Iure dot.* tunc enim agere non poterit contra bona fideicommiſsi pro reſtitutione dotis, vt tenent Jaſ. *in d. Auth. Res quæ, col. vlt. in fine limitationis,* 14. *verſ. Quod intellige*, & ibi Padil. *num.* 121 *fine*, Pariſ. *conſil.* 63. *num.* 45. *lib.* 2. Burſat. *conſil.* 179. *num.* 45. *lib.* 2. Cephal. *conſil.* 344. *num.* 35. Petra *de Fideicommiſſ. q.* 8. *numer.* 379. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 190. *num.* 52. & alij apud Fuſar. *d. q.* 532. *num.* 30. qui tamen hanc opinionem dicit, viſam ſibi fuiſſe dubiam in praxi propter ſeueritatem vxoris erga maritum. Et mihi quidem adeo videtur dubia, vt potiùs in contrarium inclinem, niſi ſpectato viri ingenio, & qualitate, vxor abſque vllo periculo conſiderabilis moleſtiæ ſibi potuerit conſulere.

Limitatur tertiò, vt non procedat in 1306
fideicommiſſo materno, vel ab aſcendente per viam maternam conſtituto, neque in conſtituto per deſcendentem, neque ſi extent bona libera, ex quibus dos reſtitui poſsit, prout has omnes limitationes relatis alijs DD. tradunt, & declarant Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 45. *& tribus ſeqq. & num.* 66. & Fuſar. *d. q.* 532. *à num.* 34. *vſque ad* 41. & conſtant ex traditis *§. præced.* vbi in his ipſis caſibus limitauimus deciſionem *d. Auth. Res quæ*, circa cõſtitutionem dotis ex bonis fideicommiſsi, quæ ſimiliter limitanda eſt circa dotis reſtitutionem: nam dotis conſtitutio, & reſtitutio quoad illud priuilegium à pari procedunt.

Limitatur quartò ab aliquibus, vt non 1307
habeat locum in portione fideicommiſſaria ad maritum peruentâ per mortem cohæredis, quia dos nurûs fuit aſſecurata ſuper bonis relictis marito, & non ſuper relictis cohæredi, quæ nunquam habuerunt hoc onus; ſiquidem neque illud habuerunt à principio, cùm tunc non eſſent bona mariti; neque ex poſtfacto, quando maritus illa habuit ob mortem cohæredis;

cùm

cùm tunc ad maritum deuenerint cum grauamine fideicommiſsi; & pater qui fideicommiſit non tenebatur omnia bona ſua obligare pro aſſecuratione dotis. Ita pro hac limitatione arguit Fuſar. *d. q.* 532. vbi pro ea allegat Angel. *in d. Auth. Res quæ, in princip.* & Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 55. quos ſequitur. At contrarium potiùs tenendum cenſeo, prout in ſimili de conſtitutione dotis tenui §. *præced. num.* 1280. cum ipſo Fuſario, & alijs ibidem relatis.

§. 9. *Aſsignantur quidam alij caſus, in quibus alienatio rerum fideicommiſsi permittitur.*

SVMMARIVM.

Filius, & quilibet alius deſcendens teſtatoris poteſt alienare bona fideicommiſsi pro ſe & familiâ ſuâ alendâ, ſi non habet aliunde bona, quibus ſuſtentetur, niſi culpâ ſuâ in eam indigentiam deuenerit, num. 1308.

Si filius grauatus, ſit captus ab hoſtibus, præſertim infidelibus & barbaris, poſſunt pro eo redimendo alienari bona fideicommiſsi, ſi non ſuppetant alia bona libera, num. 1309.

Vtrum pro ſe alendo in ſtudio, vel ſectandâ militiâ, poſsit filius grauatus alienare bona fideicommiſsi? num. 1310.

1308 Conſequenter ad prædictos caſus, in quibus ex cauſa dotis bona fideicommiſsi alienari poſſunt, quidam alij à DD. aſsignantur, in quibus illorum bonorum alienatio permittitur. Vnus eſt quando filius grauatus non habet aliàs bona ſufficientia, ex quibus alatur, tunc enim poteſt alienare bona fideicommiſsi, vt ſibi comparet neceſſaria alimenta. Si enim ex cauſa dotis conſtituendæ, vel reſtituendę, hujuſmodi alienatio permittitur, multò magis intelligi debet permiſſa ex cauſa alimentorum, quę ſunt magis neceſſaria. Vnde hic etiam caſus latè accipiendus eſt, vt ſcilicet dicta facultas alienandi ex cauſa alimentorum, non ſolùm competat filio, ſed etiam alijs teſtatoris deſcendentibus grauatis; & vt grauatus non tantùm poſsit alienari dicta bona pro ſe alendo, ſed etiam pro alenda ſua familia. Si tamen grauatus malè conſumpſit legitimam, & Trebellianicam, & propterea conſtitutus eſt in neceſsitate, tunc iſto beneficio vti non poterit, prout hæc omnia latè tradunt, & explicant Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 191. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 42. *num.* 86. *& ſeqq.* & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 536. quos vide.

Alter caſus eſt, ſi filius grauatus ſit cap- 1309
tus ab hoſtibus. Nam tunc etiam pro eo redimendo alienari poſſunt bona fideicommiſsi, ſi alia bona libera non ſuppetant, præſertim ſi ille ſit captus ab hoſtibus infidelibus, & barbaris. Sic poſt Barthol. *in d. Auth. Res quæ, numer.* 10. & multos alios docent Molina *de Primog. Hiſpan. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 9. Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 192. *num.* 1. *& ſeqq.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 42. *num.* 90. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 534. vbi teſtatur, hanc reſolutionem eſſe communi omnium conſenſu approbatam. Ratio eſt, quia ſi intelligitur eſſe votum patris, quod filius ex cauſa dotis alienet bona fideicommiſsi quo eum grauauit, multò magis intelligi debet, quòd voluerit ei licere eam alienationem pro ſe ab hoſtibus redimendo, cùm ſit vrgentior neceſsitas, & maior ſit fauor libertatis, quàm dotis.

Tertius caſus eſt, quando filius graua- 1310
tus vult ſtudere litteris, & non habet bona libera ad impenſas neceſſarias. Tunc etiam poſſe ab eo ex cauſa ſtudij alienari bona fideicommiſsi, credunt probabiliter ſatis multi, quos citat & ſequitur Menoch. *d. lib. 4. præſumpt.* 191. *num.* 12. *& ſeqq.* vbi aliquas hujus reſolutionis ampliationes approbat. At plerique contrariam tenent ſententiam, vt Angel. *in dict. Auth. Res quæ, col. penult.* & ibi Iaſ. *num.*

num. 32. & Padil. *num.* 89. *Cod. Commun. de legat.* & multi alij apud Fuſar. *de Subſtitut. q.* 550. *num.* 1. & apud Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 93. qui in hac etiam eſt ſententia, dicens communiter ab omnibus teneri, eamque probat, quia aſcendens nullo jure cogitur deſcendentes ſuſtentare in ſtudio. Atque ob eandem rationem tenet cum DD. citatis non poſſe alienari bona fideicommiſsi pro expenſis militiæ. Limitat, vbi fideicommiſſum ſolùm eſſet de eo quod ſupereſſet: nam tunc, inquit, etiam quartam, quam aliàs reſeruare tenetur fideicommiſſario, poteſt grauatus alienare ex hujuſmodi cauſis, juxta *Auth. Contra eum rogatus, Cod. Ad Trebel.* & hæc ſecunda ſententia, cum præfata limitatione, mihi verior videtur.

§. 10. *De reſtitutione hæreditatis, & bonorum quæ fideicommiſſario fieri debet.*

SUMMARIUM.

Reſtitutio hæreditatis vel fit per hominem, vel per ipſam legem: quæ fit per hominem, aut eſt Verbalis, aut Realis, & vtraque explicatur, numer. 1311.

Tam per verbalem, quàm per realem reſtitutionem transfertur dominium, jura omnia, & actiones in fideicommiſſarium: poſſeſsio autem ſolùm per realem transfertur. Et quid quando aliquæ tantùm res hæreditariæ realiter reſtituuntur? n. 1312.

Reſtitutio Legalis, ſeu quæ fit per ipſam legem, contingit in multis caſibus, in quibus ipſo jure transfertur dominium, jura & actiones. Primus eſt, quando hæres grauatus, poſt aditam hæreditatem legitimè citatus vt eam reſtituat, contumaciter ſe abſentat, vel comparere non vult, ne reſtituere cogatur, num. 1313.

Secundus caſus legalis reſtitutionis eſt, quando hæres grauatus, antequam hæreditatem reſtituiſſet, deceſsit, & nullus ejus extitit hæres, vel ſucceſſor. Et quid ſi non conſtat grauatum carere ſucceſſore? num. 1314.

Tertius eſt, quando ſunt plures fideicommiſſarij, quorum primus eſt grauatus reſtituere ſecundo, & ſecundus tertio, &c. in quo caſu, vt jura & actiones tranſeant à primo in ſecundum, non eſt neceſſaria reſtitutio hominis, etiam verbalis. Et vtrum hoc procedat, licet primus non fuerit interpellatus, neque in mora reſtituendi? numer. 1315. *& ſeqq.*

Quartus eſt, quando hæres grauatus alienauit bona fideicommiſſaria, numer. 1318.

Quintus eſt, quando teſtator dedit licentiam fideicommiſſario capiendi propriâ auctoritate, num. 1319.

Sextus eſt, quando hæres eſt grauatus reſtituere Eccleſiæ, pio loco, pauperibus, vel alijs perſonis ſimiliter priuilegiatis. Et vtrùm idem ſit, quando eſt grauatus reſtituere ciuitati, vel Fiſco? n. 1320.

Extra prædictos caſus, vt jura & actiones ex fideicommiſſo vniuerſali transeant in fideicommiſſarium, neceſſaria eſt de jure Ciuili reſtitutio per hominem, ſaltem verbalis, numer. 1321. *Vtrum etiam ſit neceſſaria ſecundum jus Canonicum? num.* 1322.

In omnibus caſibus, in quibus actiones, & rerum dominia ipſo jure tranſeunt, neceſſarium eſt, vt fideicommiſſarius priùs declaret, ſe acceptare, ſeu velle agnoſcere fideicommiſſum, num. 1323.

Quando lex aliquid ipſo jure induxit in peculiare commodum alicujus, intelligitur, ipſo volente, & declarante ſe velle, ibidem.

Quæ in quatuor proximis §§. dicta ſunt, ſpectant ad prohibitionem alienationis bonorum fideicommiſſariorum, quam ſupra diximus eſſe ſecundum effectum ſubſtitutionis Fideicommiſſariæ. Nunc ergo omiſsis pluribus,

bus, quæ circa illam prohibitionem à DD. in peculiaribus tractatibus de fideicommiſsis traduntur, (non enim omnia hic perſequi poſſumus) tranſeundum eſt ad tertium effectum ejuſdem ſubſtitutionis quem conſtituimus, eſſe reſtitutionem hæreditatis, & bonorum, quæ fideicommiſſario facienda eſt.

1311 In primis ergo ſciendum, quòd reſtitutio hæreditatis in præſenti materia eſt duplex; altera hominis, ſeu quæ fit per hominem; altera legis, ſeu qua fit per legem. Reſtitutio hominis dupliciter etiam ſe habet: aut enim eſt Verbalis, aut Realis; Verbalis eſt cùm hæres purè, vel conditionaliter grauatus, eueniente conditionis caſu, verbo tenus dicit fideicommiſſario ſe ei reſtituere hæreditatem, vel per epiſtolam, aut internuntium hoc ei denuntiat, *l. Reſtituta, in princip. ff. Ad Trebel. l. Poſtulante, §. Sed in hujuſmodi, ff. eodem*, Gloſ. *in §. Sed quia hæredes, Inſtit. de Fideicommiſſ. hæredit. verb. Reſtituerit*, vbi de hac duplici reſtitutione agit. Realis eſt, cùm hæres grauatus transfert de facto res hæreditarias in fideicommiſſarium, ſiue verè & propriè eas tradendo, ſiue patiendo eas teneri, & poſsideri à fideicommiſſario, vel totas vel aliquas earum, dummodo vterque ea ſit mente, vt alter velit reſtituere, & alter ſuſcipere, non ſi aliâ cauſâ fideicommiſſarius putabatur poſsidere, *d. l. Reſtituta, in princ.*

1312 Cæterùm quando per realem reſtitutionem vna res, vel aliquæ tantùm fuere reſtitutæ, licèt omnium dominium, jura omnia, & actiones in fideicommiſſarium transferantur, non tamen omnium transfertur poſſeſsio, ſed earum tantùm, quæ realiter ſunt traditæ; quia reſpectu aliarum reſtitutio illa cenſetur tantùm verbalis, per quam non transfertur poſſeſsio, ſed ſolùm dominium jura, & actiones; quamobrem, vt poſſeſsio transferatur neceſſaria eſt reſtitutio realis, ſeu facti, poſt reſtitutionem verbalem; prout hæc omnia cum Barthol. Bald. & alijs tradit Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. num. 54.*

1313 Reſtitutio Legalis, quæ ſcilicet per legem fingitur eſſe facta, & cujus effectum lex ipſa operatur, in multis caſibus contingit. Primus eſt, quando hæres grauatus poſt aditam hæreditatem legitimè citatus, vt eam reſtituat, contumaciter ſe abſentat, aut comparere non vult, ne reſtituere cogatur. In hoc enim caſu ipſo jure fit reſtitutio per legem, & vtiles actiones hæreditariæ in fideicommiſſarium transferunt, *l. pen. §. Cum autem, Cod. Ad Trebel.* & declaratur latiùs à Peregrino *d. art. 2 num. 56.*

Secundus caſus eſt, quando hæres grauatus, antequam hæreditatem reſtituiſſet, deceſsit, & nullus ejus exſtit hæres, vel ſucceſſor. Tunc etiam ipſa lex reſtituit, ſicut in ſuperiori caſu, vt habetur *in d. §. Cum autem, in 2. reſponſo.* Si autem non conſtet grauatum carere ſucceſſore, practica ſecundùm Barthol. & alios DD. *in d. §. Cum autem*, teſte Peregrino *ubi ſupra, num. 57.* eſt, quòd mandato judicis fiat publicum præconium, vt ſiquis intendit eſſe hæres Titij defuncti comparuiſſe debeat intra terminum dierum quinque; tunc enim, nemine comparente, videbitur deceſsiſſe abſque hærede; argum. *l. Si eo tempore, ff. de Remiſſ. pignor.* & actiones ipſo jure tranſibunt in fideicommiſſarium, vt per *d. §. Cum autem*, neque requiritur aliqua judicis pronuntia, vel ſententia; Gloſ. *ibi*, quam ad hoc commendant Cyn. Butrigar. Bald. & alij, ſequitur Menoch. *tract. de Adipiſc. poſſeſ. remed. 4. num. 108*, & cum alijs Peregr. *d. num. 57.* qui rectè vlteriùs aduertit in hoc etiam caſu præſupponi hæreditatem fuiſſe aditam ab hærede, aut ſaltem eum fuiſſe juſſum adire, & ante aditam deceſſiſſe, quo caſu pro adita habetur, *l. Non juſtam, Cod. Ad Trebel.* & ſic in *d. §. Cum autem* notant Bald. *num. 2.* & Paul. de Caſtr. *in princ.*

Tertius caſus eſt, quando ſunt plures 1314
fideicommiſſarij, quorum primus eſt grauatus reſtituere ſecundo, & ſic de alijs, ſi ſint plures ita ſubordinati. In tali enim caſu, vt jura & actiones hæreditariæ tranſeant à primo in ſecundum, non eſt neceſſarium quòd primus reſtituat ſecundo,

etiam

etiam verbaliter, ſed tranſeunt ipſo iure, vt etiam habetur *in d. § Cum autem, in tertio reſponſo.* Controuertunt autem DD. vtrùm hoc procedat, licèt primus fideicommiſſarius non fuerit interpellatus, & in mora reſtituendi poſt interpellationem? Quidam enim ſentiunt, requiri moram, ſaltem per interpellationem extrajudicialem, ad hoc vt illę actiones tráſeant ipſo iure abſque reſtitutione hominis. Ita Cyn. Salic. & multi alij *in d. §. Cum autem*, Barth. *in l. 1 §. De illo, ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. Imol Rom Iaſ. & Claud. Aquenſ. qui dicit eſſe cõmunẽ ſententiá, Cephal. *cõſil. 49. n. 18. & cõſil. 19.* qui teſtatur de communi, & alij, cum quibus videtur ſentire Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 49. num. 90.* Probant per text. *in d. §. De illo*, vbi in primo fideicommiſſario videtur præſupponi actum, aut ſaltem moram reſtituendi, ad hoc vt actiones tranſeant in ſecundum. Et hinc infert Cephal. *ſup.* & cum eo Peregrin. *d. num. 90. in fine*, non eſſe reſtituendos fructus ſecundo fideicommiſſario, niſi ex die quo primus fuit interpellatus, ſaltem extrajudicialiter. Atque ita ſæpe in cauſis fideicommiſſarijs ſe vidiſſe obſeruari, vt fructus non reſtituantur, ceſſante mora per interpellationem, teſtatur idem Peregrin. *loco proximè cit.*

1316 Alij verò talem moram non requirunt, ſed ſimpliciter & abſolutè aſſerunt, dictas actiones in caſu propoſito tranſire ipſo iure, abſque facto & reſtitutione primi fideicommiſſarij, præſuppoſito tamen, quòd is fideicommiſſum agnouerit. Ita Gloſ *in d. §. Cum autem*, & ibi Barthol. & Paul. de Caſtr. Alex. *in d. §. De illo*, & ibi Ripa *num. 7.* Cephal. *conſil. 215. numer. 17.* Decian. *conſil. 44. fin. lib. 3.* Surd. *conſil. 92. num. 22. lib. 1.* Peregr. *de Fideicommiſſ. art. 2. num. 58.* & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q. 603. num. 7.* Probatur efficaciter per text. *in d. § Cum autem, in 3. reſponſo*, vbi hic caſus æquiparatur duobus præcedentibus, cùm hæres contumaciter ſe abſentauit ne reſtitueret, & cùm mortuus eſt, nullo relicto ſucceſſore atque in ijs omnibus ſimpliciter ſtatuitur, quòd ipſo iure vtiles actiones hæreditariæ transferantur. Vnde ad text. *in d. §. De illo*, qui eſt contra, reſpondent Barthol. & Paul. de Caſtr. apud Peregrin. *d. num. 58.* eſſe correctum per *d. §. Cum autem.*

1317 Cur autem in ſecundum fideicommiſſarium tranſeant à primo actiones ipſo iure? Variè reſpondent DD. Quidam dicunt rationem eſſe, quia regulariter fideicommiſſarius non detrahit Trebellianicam à ſequente, *l. 1. §. Deinde, & l. Si patroni, §. Qui fideicommiſſariam, ff. Ad Trebel.* Quæ ratio confirmatur à contrario; nam ideo ab hærede non tranſeunt regulariter actiones ipſo iure in fideicommiſſarium, quia hæres priùs debet detrahere Trebellianicam; Barthol. *in l. 1. col. 1. Cod. Communia de leg.* Alij, inter quos eſt Barthol. aſſerunt rationem eſſe, quia cùm ſemel actiones tranſierint ab hærede in primum fideicommiſſarium, facile eſt vt à primo tranſeant in ſecundum, quia factę ſunt tranſibiles, ad text. *in l. Pater filium, §. Quindecim, ff. de Leg. 3.* & quia ab hærede videtur facta reſtitutio primo fideicommiſſario pro ipſo & ſequentibus. Has rationes cum ſuis Authoribus affert, & approbat Peregrin. *d. art. 2. num. 59.*

1318 Quartus caſus eſt, quando hæres grauatus alienauit bona fideicommiſſaria: nam, cùm iam ea reſtituere non poſſit, ipſo iure in fideicommiſſarium tranſeunt actiones; Gloſ. *in d. l. pen. §. Cum autem*, & ibi Barthol. *Cod. Ad Trebel.* idem Barth. *in l. vlt. §. Sed quia*, & ibi Bald. Paul. de Caſtr. & Iaſ. *Cod. Commun. de legat.* Alex. *in l. Marcellus, §. Res quæ, num. 8. ff. Ad Trebel.* Aretin. *in cap. In præſentia*, & ibi Pariſ & Beroi. *de Probat.* Menoch. *de Adipiſc. poſſeſ. remed. 4. num. 203.* & cum multis alijs Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. num. 60.* & Fuſar. *de Subſtitut. q. 603. num. 9.* Poteſt autem in hoc caſu agere pro rebus alienatis aduerſus ipſum hæredem, vt notat Peregrin. *d. num. 6.* & latiùs declarat *art. 45. num. 15. & ſeq.*

1319 Quintus caſus eſt, quando teſtator dediſ-

Digitized by Google

diſſet licentiam fideicommiſſario capiendi propria authoritate: Durant. *de Arte teſtandi, tit. 5. cautela* 32. Burſat. *conſil.* 89. *num.* 15. *&* 16. *lib.* 1. & Fuſar. *dict. quæſtion.* 603. *numer.* 19. vbi etiam pro hac ſententia adducit Simon de Prætis.

1320 Sextus caſus eſt, quando hæres eſt grauatus reſtituere Eccleſiæ, pio loco, pauperibus, vel alijs perſonis priuilegiatis, de quibus *in l. fin. Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* In eas enim perſonas, & cauſas iura dominij, & actiones ipſo iure tranſeunt abſque alia reſtitutione, vt eſt communiſsima DD. ſententia, quam relatis plurimis tradunt, & ſequuntur Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 2. *numer.* 61. Menoch. *de Adipiſc. poſſeſſ. remed.* 4. *numer.* 202. & Fuſar. *dict. quæſt.* 603. *numer.* 13. licèt nonnulli contradicant. Aduerte autem, quòd licèt in dictas perſonas tranſeant iura & actiones ipſo iure, attamen non tranſire poſſeſsionem, vt notat Peregrin. *cit.* Qui etiam addit non improbabiliter, quod quanuis *in d. l. fin.* inter perſonas ibi priuilegiatas numeretur ciuitas, & Fiſcus, attamen verius eſſe quod in has non tranſeant ipſo iure actiones, cùm in fideicommiſsis relictis ciuitati, vel Fiſco locus ſit detractioni Trebellianicæ, & Falcidiæ, *l. 1. §. Ad municipium, ff. Ad leg. Falcid. l. Marcellus, §. fin. & l. Recuſare, §. Item ſi municipes, ff. Ad Trebel. & l. 3. Cod. eod. tit.* quæ detractio iuxta Barthol. *in l. 1. col. 1. Cod. Communia de legat.* eſt tota ratio cur regulariter iura, & actiones non tranſeunt ab hærede in fideicommiſſarium, niſi ipſo hærede reſtituente, ſaltem verbaliter.

1321 Extra prædictos caſus neceſſaria eſt de iure Ciuili reſtitutio facta per hominem, ſaltem verbaliter, ad hoc vt iura & actiones ex fideicommiſſo vniuerſali tranſeant in fideicommiſſarium, vt conſtat per *l. 1. §. De illo,* & per *dict. l. Reſtituta, ff. Ad Trebel. & per l. penult. & toto tit. Cod. eodem,* quibus in locis ſic tenent DD. omnes; item Ripa *in l. In fideicommiſſariam, numer.* 14. *ff. eodem,* Decian. *conſil.* 60. *numer.* 3. *lib.* 3. Surdus *conſil.* 92. *numer.* 3. *lib.* 1. Craſſus *in §. Fideicommiſſum, quæſt.* 42. Petra *de Fideicommiſſ. quæſtion.* 3. Peregrin. *dict. artic.* 2. *numer.* 50. Fuſar. *dict. quæſtion.* 603. *numer.* 1. & alij paſſim.

Vtrum autem idem ſit dicendum ſecundùm ius Canonicum? Negant multi 1322
aſſerentes, quod ex æquitate illius iuris ad tollendas ſubtilitates, & circuitus circa iſtas reſtitutiones, dicta iura, & actiones ipſo iure tranſeunt in fideicommiſſarium abſque alia reſtitutione, etiam verbali, ſtatimque vbi cedit dies fideicommiſsi, poſſe illas actiones à fideicommiſſario exerceri. Sic Bald. *in cap. In præſentia per illum text. num.* 31. & ibi Dec. *num.* 9. & Mantic. *col.* 3. *de Probat.* Guilhel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si abſque liberis* 2. *num.* 83 *de Teſtament.* Pariſ. *conſil.* 12. *numer.* 115. *lib.* 2. Riminal. iun. *conſil.* 190. *num.* 33. *& conſil.* 363. *num.* 25. Rebuſ. *tract. de Mater. poſſeſſ. art.* 9. *Gloſ.* 1. *numer.* 33. *&* 34. & cum alijs Fuſar. *dict. quæſt.* 603. quibus fauet Peregrin. *dict. art.* 2. *numer.* 62. vbi teſtatur, ſe nunquam practicaſſe verbalem reſtitutionem, nec practicatam vidiſſe. At contrariam ſententiam defendit meritò Beroius *dict. cap. In præſentia, num.* 27. vbi etiam pro illa ſtat Imola, Aretin. *in* 3. *notab. col.* 2. & Pariſ. eandem tuetur Bertazol. *conſil.* 116. *numer.* 52. & fortaſſe eſſe veriorem ſcribit Peregrin. *ſub dict. numer.* 62. Quia inter ius Canonicum, & Ciuile non eſt conſtituenda differentia, niſi quatenus in ipſis ſacris Canonibus reperiatur ſcripta, *cap.* 1. *&* 2. *de Oper. noui nuntiat.* Nullibi autem in iure Canonico reperitur excluſa neceſsitas dictæ reſtitutionis iure Ciuili inducta: & quidem non eſſe excluſam per text. *in dict. cap. In præſentia* vt Bald. aſſeruit, demonſtrant Imola, & Aretin. *citati.*

Cæterùm in omnibus caſibus, in quibus actiones, & rerum dominia ipſo 1323
iure tranſeunt, neceſſarium eſt vt fideicommiſſarius priùs declaret ſe acceptare, ſeu velle agnoſcere fideicommiſſum:

Digitized by Google

antea enim non tranſeunt: ſic cum Paul. de Caſtr. Socin. Ripa Cephal. & alijs Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 63. & Fuſar. *d. q.* 603. *num.* 20. licèt aliqui contrarium ſentiant. Et ratio eſt, quia fideicommiſſarius eſt loco hæredis, cui ſubſtituitur: & ideo ſicut in hærede requiritur aditio, ſeu acceptatio hæreditatis, ad hoc vt reſultet ille quaſi contractus obligans hæredem legatarijs, & creditoribus teſtatoris, *l. Ex maleficijs, §. Hæres, ff. de Action. & obligat.* quæ aditio debet eſſe declarata per aliquem actum externum, *l. Pro hærede, ff. de Acquir. hæredit.* ſic etiam in fideicommiſſario vniuerſali requiritur agnitio fideicommiſsi; quia aliàs non poſſet reſultare quaſi contractus, ex quo fideicommiſſarius maneret obligatus oneribus hæreditarijs legatorum, & debitorum, quæ cum hęreditate in illum transferuntur. Et hæc agnitio debet eſſe declarata per aliquem actum externum, inſtar aditionis; à qua tamen differt; cùm aditio concernat hæredem, cui per talem actum acquiruntur jura, & actiones directæ; illa verò agnitio ad hoc non ſpectet, ſed ſolùm vt jura, & actiones vtiles in fideicommiſſarium transferantur. Adducitur præterea aliud hujus rei fundamentum; quia quando lex aliquid ipſo jure inducit in peculiare commodum alicujus, intelligitur, eo volente, & declarante ſe velle, vt varijs exemplis illuſtrat Peregrin. *ſup. num.* 64. Quod maximè procedit, quando id, quod inducitur, poteſt ſimul eſſe oneroſum perſonæ, in cujus commodum inducitur, vt in præſenti; cùm non ſolùm actiones actiuæ, ſed etiam paſſiuæ in fideicommiſſarium vniuerſalem tráſeant.

(:|:)

§. 11. *A qua perſona, cui, & quando fieri poſsit reſtitutio fideicommiſſariæ hæreditatis?*

SUMMARIUM.

NOmine, Reſtitutionis fideicōmiſſariæ, *ſimpliciter dictæ ſolùm venit reſtitutio, quæ fit per hominem. Et hæc vt ſit perfecta, exigit tam reſtituentis, quàm ſuſcipientis conſenſum; num.* 1324. *num.*

Reſtitutio fit regulariter ab ipſo hærede grauato. Quid, ſi ſit Minor, aut furioſus, aut infans, aut pupillus maior infante? Et quid ſi pupillus ſit rogatus reſtituere ſuo tutori? num. 1325.

Acceptare dictam reſtitutionem pertinet regulariter ad ipſum fideicommiſſarium, in quem actiones transferuntur. Quid, ſi is ſit infans, aut furioſus, aut pupillus maior infante, aut Minor pupillo maior? num. 1326.

Reſtitutio generatim loquendo fieri debet, vt teſtator rogauit, id eſt, eo tempore, & caſu, quo ille voluit; num. 1327.

Si fideicommiſſum hæreditatis eſt purum, fieri debet ejus reſtitutio vbiprimum hæreditas fuerit adita, ſeu acquiſita per hæredem grauatum; ibid.

Si fideicommiſſum ſit conditionale, non poteſt fieri reſtitutio, antequam conditio exiſtat. Et quomodo id ſit intelligendum? num. 1328. *& ſeqq. Idem dicendum ſi ſit fideicommiſsum in diem incertum; num.* 1332.

Si ſit fideicommiſſum in diem certum, fieri poteſt reſtitutio ante aduentum diei; non eſt tamen debita, niſi poſtquam aduenerit; num. 1333.

Si hæres grauatus ſub conditione, vel in diem, bona fideicommiſsi, vel patiatur ab alijs occupari, an poſsit cogi reſtituere ante conditionis, vel diei aduentum? num. 1334.

Vtrum

Vtrum fideicommiſſarius poſsit exigere ab hærede cautionem de prædicto fideicommiſſo præſtando, etiamſi hæres bona non dilapidet? ibid.

Vtrum ante aduentum conditionis, vel diei, poſsit fideicommiſſarius agere ad fideicommiſſum ſibi adjudicandum? num. 1335. *& ſeq.*

1324 SVppoſita neceſsitate reſtitutionis per hominem faciendæ extra caſus ſupra traditos, in quibus lex ipſo jure reſtituit, explicandum hic eſt, inter quas perſonas locum habeat, & quando? Vbi ante omnia aduertò, nomine, *reſtitutionis fideicommiſſariæ*, ſimpliciter dictæ non venire reſtitutionem legalem, quæ in dictis caſibus locum habet, eſt enim impropria & ficta, ſed ſolam reſtitutionem hominis, ſeu quæ fit per hominem, quæ ſola eſt vera & propria. Aduerto prætcrea, quòd vt hæc reſtitutio ſit perfecta exigit tam reſtituentis, quàm ſuſcipientis conſenſum, *l. Reſtituta, in princip. ff. Ad Trebel.* ibi, *Vt vellet reſtituere, & ille ſuſcipere*. Et patet, quia per hujuſmodi reſtitutionem transfert quis à ſe aliquid in alium, quòd ſine vtriuſque voluntate non ſtat, neque inuito beneficium datur, *l. Inuito, 70. ff. de Regul. jur.*

1325 Circa hanc ergo reſtitutionem, quæro primò, à qua perſona fiat? Et reſpondeo, quòd regulariter ab ipſo hærede grauato fieri debet, etiamſi hæres ſit Minor, nam is etiam rectè reſtituit, neque ad hoc indiget auctoritate curatoris, *l. 1. §. Fuit quæſitum, ff. Ad Trebel.* Vnde etiam ipſi ſuo curatori reſtituere poteſt, ſi reſpectu illius grauatus ſit, ut in eodem textu dicitur. Si autem ſit furioſus, aut infans, tunc curator, aut tutor, ejus nomine bonorum poſſeſsione accepta, actiones transfert, *l. Cum hæres, ff. Ad Trebel. l. Sancimus, 7. in fine, Cod. eod.* Si verò ſit pupillus maior infante, non reſtituit ſe ſolo abſque tutore, neque tutor abſque illo: bene autem ſimul cum tutore, ſeu tutore authore, *dict. l. Reſtituta, §. 1. ff. Ad Trebel.* Ipſi autem tutori, ſi rogatus eſſet ei reſtituere, non poſſet eo authore reſtitutionem facere, vt habetur in *dict. l. 1. §. Fuit quæſitum, ff. Ad Trebel.* vbi ea ratio redditur; quia tutor in rem ſuam author eſſe non poteſt. Id verò aliqui apud Oſuald. *in Addit ad Donel. enucl. lib. 7. cap. 24. lit. A.* intelligunt, non procedere in fideicommiſsis particularibus, quæ quoad hoc à ſimplici debito non diſtant: conſtat autem quòd tutori, ipſo auctore ſolui poteſt à pupillo, *l. Quoties, §. Sicut autem, ff. de Adminiſtrat. tutor.*

Quæro ſecundò, cui facienda ſit dicta reſtitutio, ſeu ad quem pertineat eam acceptare? Et reſpondeo ſimiliter, quòd regulariter id pertinet ad ipſum fideicommiſſarium, in quem actiones transferuntur, vt eſt notiſsimum. Cæterùm ſi fideicommiſſarius ſit infans, aut furioſus, ſoli ejus tutori, aut curatori, nomine ipſius fideicommiſſarij, hæreditas reſtituenda eſt, *l. Sancimus, in princip. Cod. Ad Trebel.* integrum autem erit furioſo, ſi reſipuerit, fideicommiſſum repudiare, ſicut quamlibet aliam ſucceſsionem ejus nomine acceptatam, *l. vltim. §. tali, Cod. de Curat. furioſi.* Si autem fideicommiſſarius ſit pupillus infante maior, ipſi ſit reſtitutio, non quidem ſoli, ſed tutore authore, *dict. l. Reſtituta, §. 1. ff. Ad Trebel.* neque etiam ſoli tutori, *l. Sed nec, ff. eodem* niſi pupillus ſit abſens; nam rectè ſoli tutori ejus nomine reſtituitur, *dict. l. Sancimus, in princip. Cod. Ad Trebel.* Similiter ſi fideicommiſſarius ſit Minor, ei facienda eſt reſtitutio, non tamen ſoli, ſed curatore author, quemadmodum ſi eſſet pupillus. Quia reſtitutio hæreditatis non eſt tantùm ſolutio, ſed etiam ſucceſsio, ex qua obligatur is cui reſtituitur, *l. Non enim ſolutio,* & ibi Gloſ. magna, *ff. Ad Trebel.* in ijs autem, ex quibus inducitur hujuſmodi obligatio, à pari procedũt Minor, & pupillus, vt rectè aduertit Gloſ *in l. 1. §. Fuit quæſitum, verb. Neceſſaria non eſt, ff. Ad Trebel.* 1326

Vnde non obſtat, quòd Minor poteſt reſtituere ſe ſolo, non autem pupillus, vt *num. præced.* dictum eſt; quia per reſtitutionem liberatur reſtituens, vbi autem agitur de liberatione non æquiparantur Minor, & pupillus, vt probat Gloſ. proximè citat. *in dict. verb. Neceſſaria non eſt.*

1327 Quæro tertiò, quando facienda ſit dicta reſtitutio hæreditatis fideicommiſſatiæ? Reſpondetur, quod generatim loquendo, vt reſtitutio ſit legitima prout ex Trebelliano requiritur ad actiones transferendas, fieri debet vti teſtator rogauit, id eſt, eo tempore & caſu, quo ille voluit, & non ante, *l. Sed & ſi ante*, 10. & *l. Mulier*, 22. *in princip ff.* *Ad Trebel.* *l. Si filiusfamiliàs, §. Diuus, ff. de Leg. 1. cum ſimilibus*, quas adducit Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 2. num.* 51. Vt autem id magis explicetur, & praxi accomodetur, diſtinguere oportet. Nam vel fideicommiſſum hæreditatis eſt purum, vel ſub conditione, vel in diem: ſi purum, facienda eſt reſtitutio, vbi primum hæreditas fuerit adita, ſeu acquiſita per hæredem grauatum; quia tale fideicommiſſum cedit à die aditæ hæreditatis, *l. Quidam in princip. ff. Ad Trebel.* Barthol. & alij *in l. Cum filio, ff. de Legat.* 1. & ſic ex tunc debetur, *l. Cedere diem*, 213. *ff. de Verbor. ſignif.* neque teſtator tempus aliquod indulſit hæredi grauato, vt reſtitutionem differre poſſet. Atque ita ſupponunt omnes, & conſtat per text. *in dict. l. Mulier, §. Si hæres, juncta Gloſ.* ibi: *verb. Præſenti die, & verb. ſeq.*

1328 Si ſub conditione fideicommiſſum ſit, non poteſt fieri reſtitutio antequam conditio exiſtat, *dict. l. Sed & ſi ante, ff. Ad Trebel.* vbi ea redditur ratio, quia ante conditionem non ita reſtituitur hæreditas, vt teſtator rogauit. Additur tamen ibidem, ſi poſtquam conditio extiterit, ratam habuerit hæres reſtitutionem antea factam, tunc tranſlatas videri actiones; & ſic ex tunc talem reſtitutionem valere. Cæterùm licèt reſtitutio ante conditionis exiſtentiam non valeat ex Trebelliano, ideſt, ad effectum vt actiones in fideicommiſſarium transferantur, attamen valet per viam donationis ante conditionis euentum; cùm hæres antea reſtituens cenſeatur donare fideicommiſſario vtilitatem, quam interim percipere poterat: Barth. *l. Poſt mortem, numer.* 4. *ff. de Fideicommiſſ.* & ibi Paul. de Caſtr. & Jaſ. *idem* Barthol. *in l. Sed & ſi alio, cum l. ſequent. numer. 6. ff. Ad Trebel.* & alij communiter, conſentit Peregrin. *de Fideicommiſſ. articul. 2. numer.* 51. *fine.*

In contrarium autem videtur ſtare text. *in l. Poſt mortem*, 12. *Cod. de Fideicommiſſ.* vbi expreſsè habetur, quòd rogatus reſtituere poſt mortem poteſt reſtituere hæreditatem antequam fatis concedat, & ſic ante aduentum conditionis, ſub qua rogatus eſt: nam conſtat, quòd fideicommiſſum poſt mortem grauati eſt conditionale, nimirum ſub conditione, ſi ipſe grauatus moriatur ſuperſtite fideicommiſſario, *l. Si cum hæres*, 3. *ff. Quando dies leg. ced.* Reſpondet ad hoc Barthol. *in dict. l. Poſt mortem*, in eo textu ſolùm probari, illam reſtitutionem ante mortem grauati valere in vim donationis, quæ non impedit quominus grauatus poſſit conueniri à creditoribus hæreditarijs, ſicut vendens, vel donans hæreditatem, teſtatore id non diſponente, *l. 2. ff. de Hæredit. vend.* & *l. Hæreditatem, ff. de Donat.* in vim autem propriæ reſtitutionis ex Trebelliano, ſolùm valere poſt euentum conditionis. Quam ſententiam ſequuntur Caſtr. Iaſ. *numer. præced.* allegati, & alij apud Peregrin. *loco ibidem citato.* 1329

Alij tamen probabiliùs dicunt, illam præmaturam reſtitutionem ante mortem grauati eſſe legitimam, & valere ex Trebelliano ad transferendas actiones. Ita Gloſ. *in d. l. Poſt mortem, verb. Reſtituere*, & ibi Din. Butrigar. Martin. Silim. Bald. Angel. Salic. & alij communiter, *C. de Fideicom.* Alex. *in d. l. Sed & ſi ante*, 1330

&

& ibi Cuman. *ff. Ad Trebel.* Rota Romana in nouiſsimis, *deciſ.* 468. *p.* 4. *& in collectis* per Farinae. *deciſ.* 263. *num.* 1. *ad med. & num. ſeq p.* 1. Bald. *in Rubr. Cod. de Reuocan. his quæ in fraud. credit.* Rebuff. *conſil.* 175. *num.* 18. *&* 19. & meliùs *conſil. ſeq. numer.* 20. & Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 3. *numer.* 127. *fine.* Ratio eſt quia tempus mortis cenſetur adjectum in fauorem ipſius hæredis, ne antea teneatur reſtituere, argum. text. *in l. Cum qui, ff. de Annuis legat.* igitur ſi maturiùs reſtituit, renuntiando tali fauori, non facit contra voluntatem teſtatoris, ſed potiùs eam pleniùs exequitur, *l. Patrem,* 9. *ff. Quæ in fraud. creditor.* ac proinde dicta reſtitutio præmatura non poteſt cenſeri minùs legitima, quaſi aliter reſtituerit, quàm teſtator voluerit. Et hinc, quod ſupra *num.* 1328. generaliter ſtatuimus, reſtitutionem fideicommiſsi conditionalis fieri non poſſe antequam conditio exiſtat, intelligendum eſt, niſi conditio ſit adjecta fauore ipſius hęredis, vt in ſpecie aduertit Donel. *lib.* 7. *de Iure Ciuili cap.* 25. *in princip. per d. l. Poſt mortem, Cod. de Fideicommiſſ.*

1331 Procedit autem hæc ſecunda ſententia in caſu, quo hæres juſſus eſt reſtituere certæ perſonæ: nam ſi rogatus ſit reſtituere perſonæ incertæ, quam tunc eliget ex pluribus certis, vel vni primum locum tenenti, & in ejus defectum alteri, vt cum relinquitur proximiori: tunc reſtitutio ante tempus à teſtatore diſignatum fieri non poteſt: Gloſ. *in dict. l. Poſt mortem, verb. Reſtituere,* & ibi Barthol. *numer.* 2. & cæteri communiter, Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 2. *numer.* 51. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 602. *numer.* 6. Ratio eſt, quia in hoc caſu apponitur tempus mortis in fauorem perſonæ, aut perſonarum, quæ tunc extabunt, quibus præjudicialis eſſe poterit reſtitutio antea facta, cùm euenire poſsit vt perſona, cui ea præmatura reſtitutio fuiſſet facta, jam non extet, quando hæres moritur; vel ſi extet, quòd fortaſsis hæres habens poteſtatem eligendi, aliam tempore mortis eligeret, ſi antea illi alteri non reſtituiſſet. Præterea in hoc caſu, ſi hæres ante mortem reſtituat, talis reſtitutio non fiet vti teſtator voluit, & ſic non valebit, vt per *dict. l. Sed & ſi ante, ff. Ad Trebel.* & diximus *ſupra, numer.* 1327.

Si verò fideicommiſſum ſit in diem: aut eſt in diem incertum, & tunc ante illum fieri non poteſt reſtitutio, *dict. l. Sed & ſi ante, ff. Ad Trebel.* talis enim dies conditionem facit, & reddit fideicommiſſum conditionale, *l. Dies incertus,* 74. *ff. de Condit. & demonſtr.* & ideo ſicut ſupra diximus, quòd quando fideicommiſſum eſt ſub conditione, non poteſt fieri reſtitutio, antequam conditio exiſtat, niſi conditio ſit adjecta in fauorem hæredis, ita etiam quando eſt in diem incertum, reſtituere non poteſt ante talem diem, niſi in fauorem hæredis adjectus ſit, vt quando hæres juſſus eſt reſtituere poſt mortem ſuam alicui certæ perſonæ, vt per *dict. l. Poſt mortem.* & ſupra *num.* 1330. explicatum eſt. Atque ita in ſpecie docet Donel. *lib.* 7. *de Iure Ciuili, cap.* 20. *poſt med. & cap.* 25. *in principio.* 1332

Aut eſt in diem certum, & tunc licèt antequam dies adueniat, peti non poſsit reſtitutio, attamen jam eſt debita, & fieri poteſt ab hærede, vt probat text. *in l.* 1. *verſ. Cum dies certus, ff. de Condit. & demonſtr.* Confirmatur, nam juſſus reſtituere alio loco ſimilis eſt ei, qui in diem rogatus eſt, *l. Recuſare, §. vltim. in fine, ff. Ad Trebel. §. Loca, Inſtit. de Verbor. obligat.* & tamen ille poteſt reſtituere antequam in eum locum venerit, *l. Sed & ſi alio loco, ff. Ad Trebel.* Ratio verò eſt, quia dies certus adjicitur in commodum hæredis grauati, quòd ſi contemnit, nihil facit contra voluntatem teſtatoris, imò pleniùs illam adimplet, *l. Patrem, ff. Quæ in fraud. credit.* & diximus *ſupra num.* 1330. *ad med.* Atque ita etiam docet in ſpecie Donel *d. cap.* 20 *poſt med & d. c.* 25. *in princ.* Si autem dies certus in commodum fideicommiſſarij adjectus ſit, tunc ante eum 1333

diem reſtitui non poterit: Gloſ. *in d. l.* 1. *ff. de Condit. & demonſtr. verb. Poſſunt*, per text. *in d. l. Eum qui, ff. de Ann. leg. & in l. Si ita, §. Pegaſius, ff. de Leg.* 2. & tradit cum alijs Oſuald. *in Addit. ad Donel. enucleatum lib.* 7. *cap.* 20. *litter. D.*

1334 Quòd ſi hęres grauatus ſub conditione, aut in diem, bonis fideicommiſsi abutatur, ea diſsipando, aut patiendo ab alijs occupari, aut diſsipari, multi DD. cenſent poſſe tunc cogi ea reſtituere antequam dies, vel conditio eueniat. Alij verò tenent, ſolùm poſſe cogi ad idoneè cauendum, ſeu ſatisdandum fideicommiſſario de fideicommiſſo præſtando, vbi dies, aut conditio aduenerit, Qua de re videndus Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 40. *num.* 10. *& ſeqq* vbi ſecundam opinionem amplectitur, & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 519. vbi plures pro prima opinione adducit, & vtramque variè declarat, & limitat. Si autem quæras, an etiam ſecluſo caſu dilapidationis poſsit fideicommiſſarius petere ab hęrede cautionem de fideicommiſſo præſtando, eueniente die, aut conditione? Reſpondetur affirmatiuè, per tex. *in l. Inter omnes, in* 1. *reſpon. ff. Qui ſatiſd. cogan. & in l. Cum Archimedoram, Cod. Vt legat. nom. cauea.* & tradunt relatis pluribus Peregrin. *d. num.* 10. & Fuſar. *q.* 515. qui hanc deciſionem multipliciter ampliant, ac limitant: eos conſule.

1335 Si præterea quæras, vtrùm ante aduentum diei, vel conditionis, poſsit fideicommiſſarius agere ad fideicommiſſum? Reſpondetur negatiuè ex communi ſententia; quia vel fideicommiſſum eſt relictum in diem certum, & tunc licèt ſtatim ſit nata actio, & obligatio, attamen agenti obſtaret exceptio, quòd dies nondum venit, & ideo non poſſet cum effectu agere, *l. Cedere diem, ff. de Verbor. ſignif. l. Mandatum, ff. Mandati, l.* 1. *§. vltim. ff. Quando dies leg. vſufr. ced.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 41. *num.* 2. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 607. *num.* 1. Vel eſt relictum in diem incertum, aut ſub conditione, & tunc non eſt nata actio, neque obligatio ante aduentum diei, vel conditionis, & ſic nequit fideicommiſſarius agere, *l. Non quemadmodum, ff. de Iudic. l. Facta, §. Si ſub conditione, ff. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art.* 41. *num.* 4. Fuſar. *d. q.* 607. *num.* 2. & multi alij quos referunt. Quod procedit, licèt fideicommiſſarius ſolùm ageret ad declarationem ſui iuris, vt ſcilicet grauatus condemnetur ad reſtituendum, eueniente conditione, vel die: Pinel. *in l.* 1. *p* 3. *num.* 78. *Cod. de Bon. matern*, vbi teſtatur ita fuiſſe iudicatum. Molina *de Primogen. Hiſpan. lib.* 3. *cap.* 4. Peregrin. *d. num.* 4. *fine*, & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 607. *num.* 3. licèt graues DD. vt Roderic. Soar. Couar. & alij apud eundem Fuſar. contradicant.

Hoc autem intellige, niſi eſſet periculum quòd poſtea non poſſet probari ius fideicommiſſarij. Nam tunc ſtatim debet admitti ad agendum pro declaratione ſui iuris de futuro, *l. In lege Aquilia, ſi delatum, ff. Ad leg. Aquil.* Peregrin. *d. art.* 41. *num.* 5. Fuſar. *d. q.* 607. *num.* 5. Intellige præterea, niſi grauatus diffamaret fideicommiſſarium carere iure. Nam tunc agere poſſet fideicommiſſarius remedio *l. Diffamari, Cod. de Ingen. & manum.* Intrigl. *de Subſtitut. cent.* 3 *q.* 33. *numer.* 73. Fuſar. *ſupra, num.* 8. & videtur ſentire Peregrin. *d. art.* 41. *num.* 6. Omitto alias limitationes, quæ apud hos DD. videri poſſunt. 1336

§. 12. *Quæ veniant, aut non veniant in reſtitutione hæreditatis fideicommiſſariæ, ſeu fideicommiſsi vniuerſalis?*

SVMMARIVM.

Diſtinguuntur varia genera bonorum, quæ à teſtatore ad hæredem perueniunt, num. 1337.

Bona peruenta ad hæredem grauatum, quæ alio iure, quàm hæreditario ei erant debita, non veniunt in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis, niſi teſtator

tator de ijs nominatim eum rogauerit; numer. 1338. Excluduntur quædam obſtacula; num. 1339. & ſeq.

Qua ratione per aditionem intelligantur confundi, & extingui debita, quibus teſtator erat obſtrictus hæredi adeunti? num. 1340.

Filius grauatus fideicommiſſo vniuerſali non tenetur reſtituere legitimam, niſi ſufficienter conſtet, eum renuntiaſſe tali detractioni; num. 1341.

In reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis non veniunt legata & fideicommiſſa, quæ teſtator ex alterius teſtamento debebat hæredi grauato; num. 1342.

Neque ea quæ hæredi grauato fuere donata à teſtatore, etiamſi donatio non fuiſſet ſtatim valida, & irreuocabilis à principio, ſed ſolùm morte ipſius teſtatoris fuerit confirmata; num. 1343. Hoc fallit in donatione per mortem teſtatoris confirmandâ, ſi teſtator res donatas in ſuo teſtamento prælegat ipſi hæredi; num. 1344. Velſi in ipſa hæredis inſtitutione eas expreſſerit, & deinde fideicommiſſo vniuerſali eum grauet: quod etiam procedit quando donatio à principio fuit valida. Et quid aliqui in hoc ſentiant? numer. 1345. Quid ſi teſtator mentionem feciſſet in teſtamento rerum donatarum, dicendo quòd confirmat earum donationem? numer. 1346.

Quando pater filium hæredem inſtitutum grauauit fideicommiſſo vniuerſali, & poſtea illi fecit donationem; an filius teneatur res donatas reſtituere? ibid.

Si vxor ſit hæres inſtituta à marito cum onere fideicommiſſi vniuerſalis, poteſt dotem deducere. Quod variè ampliatur; num. 1347.

Dos data, vel promiſſa filiæ hæredi inſtitutæ, & fideicommiſſo vniuerſali grauatæ, non venit reſtituenda, niſi nominatim de ea ſit rogata; ibid.

In reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis non veniunt emphyteuſes non hæreditariæ; numer. 1348. Quid ſi fideicommiſſarius ſit de comprehenſis in inueſtitura talium emphyteuſium? n. 1349.

Emphyteuſes ſimpliciter hæreditariæ veniunt in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis, & quid ſi ſint hæreditariæ mixtæ? num. 1350.

Si hæres grauatus fideicommiſſo vniuerſali aliquid obtinuit à teſtatore ex titulo inter viuos, qui erat ipſo jure inualidus, non tenetur illud reſtituere ex fideicommiſſo, ſi titulus ille per ſententiam erroneè latam fuit approbatus; num. 1351. Hæc tamen reſolutio non procedit in foro conſcientiæ; numer. 1352.

Sententia judicis erroneè, vel ex falſis probationibus lata non reddit tutum in conſcientia eum, cui res fuit adjudicata, ſed tenetur reſtituere: & pars læſa poteſt ſe occultis modis compenſare; ibidem.

Quæ ad hæredem perueniunt, quia hæres eſt, non autem vt hæres eſt, non veniunt in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis. Talia ſunt jus ſepulchri, jus patronatûs liberorum, jus patronatûs Eccleſiaſtici, dignitates, prærogatiuæ, honores, inſignia, armorum delationes, & ſimilia; num. 1353. & ſeqq.

Acquiſita per hæredem poſt aditam hæreditatem, antequam eſſet in mora eam reſtituendi, non veniunt in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis, etiamſi fuerint acquiſita ex ipſis bonis hæreditarijs, excepto ſemper caſu, quo teſtator aliud expreſsè diſpoſuerit; num. 1356.

In reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis non veniunt, quæ ſerui hæreditarij poſt aditionem ſtipulati ſunt, vel traditionem acceperunt; neque hæreditas, quæ hærede jubente per tales ſeruos fuit adita: neque pignus, quod hæres accepit pro pecunia hæreditaria, quam ſuo nomine alij credidit. Neque actio legis Aquiliæ ex damno dato in re hæreditaria poſt aditionem. Et quomodo hoc vltimum ſit intelligendum? numer. 1357.

In dicta reſtitutione non veniunt fructus poſt aditam hæreditatem percepti, neque quæ vice fructuum percipiuntur, vt penſiones, & mercedes; num. 1358.

Qq 4 *Non*

Non veniunt etiam in d. reſtitutione, quæ hæres grauatus lucratus fuerit ex bonis hæreditarijs, vel eorum occaſione, num. 1359.

Hæres grauatus fideicommiſſo vniuerſali non tenetur reſtituere bona, quæ ſuo nomine emit pecuniâ hæreditariâ, vel pecunijs exactis à debitoribus hæreditarijs, dummodo tamen ipſam pecuniam reſtituat, num. 1360. *Secus dicendum ſi res fuiſſet empta nomine hæreditario, ſeu ipſius hæreditatis. Et quid in dubio, an fuerit empta nomine proprio, vel hæreditario? numer.* 1361. *& ſequenti.*

Si hæres grauatus res aliquas acquirat ex permutatione cum hæreditarijs, tenebitur eas reſtituere loco hæreditariarum, num. 1363. *Et quid, ſi rem ipſam ex permutatione acquiſitam, vel pecuniâ hæreditariâ nomine hæreditario emptam alienauit? num.* 1364. *& ſequenti.*

Vtrum in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis veniant, quæ hæres grauatus acquiſiuit ex præſcriptione cæpta à teſtatore, & completâ per ipſum hæredem? num. 1366. *& ſeq.*

1337 HÆc eſt vna ex præcipuis, & magis vtilibus quæſtionibus hujus materiæ, pro cujus declaratione ad confuſionem vitandam notandum ante omnia eſt: bona, quæ hæres habet, vel habere poteſt à teſtatore, quædam ad eum peruenire ſolo jure hæreditario, itaut ſi hæres non eſſet, ad eum non peruenirent: quæ rurſus in duplici ſunt differentia: nam ex his, quædam perueniunt ad hæredem, quia eſt hæres, non autem vt hæres eſt; cujuſmodi ſunt quæ, etiam quando ſunt plures hæredes inæqualiter inſtituti tranſeunt in ſolidum in vnumquemque eorum, & non pro rata portionum hæreditariarum, vt jus ſepulchri, jus patronatûs libertorum, & jus patronatûs Eccleſiaſtici, vt ex jure & DD. bene tradit Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 6. numer. 35. & ſeqq.* quædam verò ad eum perueniunt, quia eſt hæres, & vt hæres eſt, qualia ſunt, quæ quando ſunt plures hæredes deferuntur eis pro portionibus hæreditarijs. Alia verò perueniunt ad hæredem, & ab illo capiuntur, non ratione juris hæreditarij præciſè eoquod ſit hæres, ſed quia aliunde ei ſunt debita, vt legitima, quæ filijs, & parentibus debetur; item donata hæredi inter viuos à teſtatore; item fideicommiſſa ipſi hæredi relicta, quibus teſtator grauatus eſſet, & ſimilia, quæ non ex judicio, & diſpoſitione teſtatoris, ſed aliâ ex cauſa ad hæredem pertinebant. Alia prætereà obueniunt hæredi non præciſè, quia eſt hæres, neque quia ſunt aliunde ei debita, ſed alio titulo, ex judicio tamen teſtatoris, vt prælegata ipſi hæredi relicta; item quæ ad illū perueniunt ex aliqua ſubſtitutione per ipſum teſtatorem factâ; item fructus percepti ex bonis fideicommiſſarijs, antequam adueniret caſus fideicommiſſi reſtituendi, & ſi quę ſunt ſimilia.

Aduertendum prætereà, præſentem quæſtionem eſſe præſumptiuam; in qua ſcilicet præcipuè indaganda, & inſpicienda eſt voluntas teſtatoris: cùm onus fideicommiſſi, & reſtitutionis ab ea dependeat, ac per eam reguletur: neque teſtatores fideicommittendo grauare ſoleant quantum poſſunt: vnde præſens quæſtio non tam eſt poteſtatis, quàm voluntatis, ſuppoſita poteſtate.

His animaduerſis, trademus primò aliquas regulas generales pro ijs, quæ regulariter non veniunt in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis: deinde cætera, quæ ad præſentem quæſtionem ſpectant, & ſub generali regula conſtringi non poſſunt, in particulari exponemus.

Prima regula eſt. Bona peruenta ad 1338 hæredem grauatum, quæ alio jure, quàm hæreditario, ei erant debita, non veniunt in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis, niſi teſtator de ijs nominatim eum rogauerit. Conſtat hæc regula per text. *in l. Sequens quæſtio, ff. de Legat.* 2. eamque in ſpecie tradunt Mantica *lib. 7. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 8. num.* 1. Menoch. *de Præſumpt. lib 4 præſumpt.* 196. *num.*

num. 1. *& ſeqq.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 6. *num.* 1. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 647. Ratio eſt, quia fideicommiſſarius vniuerſalis ſubſtituitur, & ſuccedit loco hæredis, atque adeo in iis tantùm, quæ hæres habuit vt hæres, & non alio titulo: nam ſubſtitutio reſpondet inſtitutioni, & ſic regulariter ſolùm porrigitur ad ea, quæ præciſè ex inſtitutione capiuntur ab hærede, non aliunde.

1339 Nec obſtat, quòd etiam ea quæ aliàs hæredi debentur à teſtatore in ipſa inſtitutione comprehenduntur, cùm ſit vniuerſalis, & ad omnia bona teſtatoris porrigatur. Hinc enim non ſequitur, quòd etiam comprehendantur in ſubſtitutione: nam quod relicta ſint à teſtatore titulo inſtitutionis, non eſt ex neceſſitate, cùm alio titulo capi poſsint ab hærede, ſed ex abundanti, vt creditor honorabili etiam titulo inſtitutionis afficiatur. Quæ autem ad augmentum inducta ſunt, non debent operari diminutionem, *l. Legata inutiliter, ff. de Leg.* 1.

1340 Non obſtat etiam, quòd per aditionem hæreditatis confunduntur, & ſupprimuntur actiones, quæ antea inter hæredem, & teſtatorem dabantur, *l. In imponenda, & l. Irritum, Cod Ad leg. Falcid. l. Debitor, ff. Ad Trebel. cum concord.* Quia hinc etiam non ſequitur, quòd hęres grauatus nequeat pro deducendis ſibi debitis à teſtatore vti illis actionibus, quaſi non eſſent confuſæ, obeundo ſcilicet vicem duarum perſonarum, alteram teſtatoris ſoluentis, & alteram creditoris cui ſoluitur. Vnde deductio bonorum, quæ hæredi debentur à teſtatore, intelligitur facta tempore, quo hæres adiuit hæreditatem: quia aditio facta à creditore extinguit obligationem, non iure confeſsionis, ſed cujuſdam fictæ ſolutionis, quando hæres aliàs damnum pateretur, *l. Stichum, §. Aditio,* & ibi Barthol. *num.* 1. Paul. de Caſtr. *in princip.* & Imola *num.* 4. *ff. de Solution.* tunc enim fingitur ſolutio, ne hæres, qui eſt creditor defuncti, damnum patiatur: Mantic. *d. tit.* 8. *num.* 16. *in nouiſsima edit.* quod quidem locum habet in noſtro caſu, ne ob actionum confuſionem cogatur hęres grauatus reſtituere quę ſibi aliàs erant debita, quaſi debita non fuiſſent.

Ex prædicta regula ſic probatâ, & de- 1341
fenſâ, infertur primò, filium grauatum fideicommiſſo vniuerſali, non teneri reſtituere legitimam; cùm eam non habeat iure hæreditario præciſè, ſed potius ex diſpoſitione, & prouidentia legis, *l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Ita omnes *in l. Ex tribus, Cod. de Inoffic. teſtam.* Et procedit hæc reſolutio, quamuis pater filium inſtituiſſet in maiori portione, quàm ſit legitima, & illum grauaſſet reſtituere totam hæreditatem; quia legitima non dicitur pars hæreditatis, ſed bonorum, *l. Papinianus, §. Quarta, ff de Inoffic. teſtam.* neque in dubio cenſendum eſt, patrem voluiſſe legitimam includi in fideicommiſſo: Gloſ. vlt. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* Et licèt admittamus, quòd voluit eam includi, adhuc filius poſſet eam detrahere, niſi ſpecialiter ei renuntiaſſet, *l. Si quando, §. Generaliter, Cod. de Inoffic. teſtam.* & ibi DD. omnes; neque ſatis eſt, quòd adiuerit ex teſtamento, illudque approbauerit, ad hoc vt intelligatur renuntiaſſe detractioni legitimæ: Anchar. *conſil.* 152. *num* 8. & Ruin. *conſil.* 57. *numer.* 3. *lib.* 2. Dec. *conſil.* 81. *num.* 1. Pariſ. *conſil.* 43. *num.* 18. *&* 35. *lib.* 2. & alij. Atque ita in ſpecie docent Mantica *dict. tit.* 8. *num.* 4. *& ſeqq.* Menoch. *d. præſumpt.* 196. *numer.* 20. *& ſeq.* & cum multis alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 296. *num.* 28. licèt nonnulli contrarium ſenſerint, quos bene præcitati refellunt. Quando autem filius grauatus ſufficienter intelligatur renuntiare detractioni ſuę legitimæ, & propterea non poſsit eam deducere? Tractat latiſsimè idem Fuſar. *d. q.* 296. 1 *num.* 58. 1342

Infertur ſecundò in inſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis non venire legata & fideicommiſſa, quę teſtator ex alterius teſtamento debebat hęredi grauato; cùm is ea capiat vt ſibi debita alio titulo, quàm quòd ſit hæres teſtatoris. Atque ita in ſpecie, plurimis relatis DD tradunt Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 7. *tit.* 8. *num.*

Digitized by Google

numer. 16. aliàs *numer.* 21. in nouiſsima editione. Menoch. *dict. lib.* 4. *præſumpt.* 197. *n.* 14. Peregrin. *de Fideicom. art.* 6. *num.* 8. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 649. *num.* 1. *& ſeqq.* vbi hanc reſolutionem multipliciter ampliat, & limitat: illum conſule. Una ex ampliationibus præcipuis eſt, vt procedat licèt hæres grauatus non confeciſſet inuentarium; quam etiam probat Menoch. *loc. citat. numer.* 15.

Infertur tertiò, non venire etiam in
1343 reſtitutione fideicommiſsi, quæ hæredi grauato fuere donata à teſtatore, non ſolùm ſi donatio ſtatim fuit valida, & irreuocabilis, ſed etiam licèt à principio fuiſſet inualida, & ſolùm morte ipſius teſtatoris fuerit confirmata; vt ſi fuit facta filio in poteſtate, vel inter virum, & vxorem, de qua eſt caſus in ſpecie *in d. l. Sequens quæſtio, ff. de Leg.* 2. Ratio patet, ſiquidem hæres capit hujuſmodi donata alio titulo, quàm ex teſtamento; quæ autem ita capiuntur non veniunt in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis, vt probatum eſt. Atque ita eum communi DD. & multis relatis docent Mantica *d. tit.* 8. *numer.* 29. *& ſeqq.* Menoch. *d. lib.* 4. *præſumpt.* 196 *num.* 4. *& ſeqq.* Peregrin. *d. art.* 6. *ſub numer.* 1. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 632.

1344 Nota verò quando hæredi erat facta donatio inualida per mortem donatoris confirmanda; vt quia fuit facta filio in poteſtate, vel vxori, non procedere prædictam reſolutionem, ſi teſtator à quo talis donatio eſt facta, res donatas prælegct in ſuo teſtamento ipſi hæredi; quia tunc cenſetur receſsiſſe à donatione, *l. Illud, ff. de Acquirend. hæred.* & tale relictum non debetur jure donationis, ſed jure legati, *l. Si quando, in princip.* & ibi Barthol. *ff. de Leg.* 1. Vnde quando prælegata reſtituenda venerint, etiam res illæ reſtitui debent. Sic Mantica *d. tit.* 8. *ſub num.* 30. in nouiſsima edit. Menoch. *d. præſumpt.* 196. *num.* 10. Peregrin. *d. art.* 6. *num.* 3. & cum alijs Fuſar. *d. q.* 632. *num.* 10

1345 Similiter ſi teſtator in ipſa inſtitutione hæredis expreſſerit res, quas ei donauerat, & deinde fideicommiſſo vniuerſali eum grauet, res illæ veniunt in reſtitutione fideicommiſsi, quanuis mentionem illarum non fecerit, quia cùm eas expreſſè comprehenderit in inſtitutione; videtur de illis etiam ſenſiſſe in ipſa ſubſtitutione vniuerſali: & cùm hæres grauatus teſtamentum ſimpliciter agnouerit, tale onus cenſetur acceptare. Ita cum alijs docent Peregrin. *d. art.* 6. *num.* 6. & Fuſar. *d. q.* 636. *num.* 11. Quę reſolutio non ſolùm habet locum, quando donatio à principio fuit inualida, ſed etiam quando fuit valida, vt cum Deciano expreſsit Peregrin. *cit.* nec Fuſar. videtur diſſentire. Et quidem ratio adducta in vtraque militat, neque dubium eſt, quòd in irreuocabiliter donatis poteſt teſtator donatarium hæredem inſtitutum grauare, *l. Vnum ex familia, §. Si rem, ff. de Legat.* 2. *cum concordan.* Aliqui tamen opinantur, quòd donata filijs hęredibus grauatis, ſiue donatio fuerit à principio inualida, ſiue valida, non veniunt in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis, niſi in ipſo fideicommiſſo fuerint nominatim expreſſa. Ita ſenſit Alex. *conſil.* 20. *lib.* 3. & alij apud Fuſar. *ſupra*, quæ opinio non eſt improbabilis.

Si autem teſtator in teſtamento feciſſet 1346 mentionem rerum donatarum, dicendo quòd confirmat earum donationem, vel quid ſimile, quo non oſtendat, ſe eas prælegare, aut in eis hæredem inſtituere, tunc quidem non videbitur receſsiſſe à donatione. At ſi ea non fuiſſet inſinuata, & eſſet talis, quæ inſinuatione indigeret, ſolùm valebit in vim donationis confirmatæ per mortem quoad eam ſummam, quę abſque inſinuatione donari poteſt; quoad reliquum verò valebit vt fideicommiſſum, & veniet reſtituenda cum reliquis bonis fideicommiſſarijs Sic cum alijs Peregrin. *d. art.* 6. *num.* 3. & Fuſar. *d. q.* 632. *num.* 4. Quando pater filium hæredem inſtitutum grauauit fideicommiſſo vniuerſali; & poſtea illi fecit donationem, an tunc filius poſsit deducere res donatas, vel teneatur eas reſtituere ex fideicommiſſo? Affirmant plerique, teneri eas reſtituere. Melius tamen, meo judicio, negat

gat Fuſar. *ſupra, num.* 17. illum conſule.

1347 Infertur quartò, ſi vxor ſit hæres inſtituta à marito cum onere fideicommiſſi vniuerſalis, poſſe dotem ſubtrahere, *l. vnica §. Igitur, Cod. de Rei vxor. act.* & patet ex dictis; ſiquidem vxor dotem recuperat ex alia cauſa, quàm ex teſtamento mariti. Atque procedit hoc, licèt maritus dotem, & alia bona ei prælegaſſet, & deinde eam rogaſſet, vt partem hæreditatis, ex qua fuerat inſtituta communi filio reſtitueret, niſi manifeſtum ſit, teſtatorem etiam de dote reſtituenda ſenſiſſe. Caſus eſt *in l. Lucius, §. Maritus, ff. Ad Trebel.* & tradit Peregrin. *d. art. 6. num.* 1. & Mantica *lib. 7. de Conject. tit.* 8. *numer.* 33. *in nouiſsima edit.* vbi alios refert. Similiter dos data, aut promiſſa per patrem vel matrem, filiæ hęredi inſtitutæ, & fideicommiſſo vniuerſali grauatæ, in reſtitutione talis fideicommiſſi non venit, niſi parens de ea nominatim rogauerit, *l. fin. §. Filiæ,* & ibi Barthol. & Paul. de Caſtr. *ff. de Legat.* 2. *l. A filia,* vbi etiam Barthol. Angel. Imola Paul. de Caſtr. & Alex. *ff. Ad Trebel.* Peregrin. *ſupra,* & Mantic. id ampliùs explicans *d. tit.* 8. *numer.* 32.

1348 Infertur quintò, in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis non venire emphyteuſes, quæ non ſunt hæreditariæ, ſed tantùm ex pacto, & prouidentia, vt quæ conceſſæ ſunt pro filijs, & deſcendentibus, vel pro ſimilibus perſonis, non verò pro hæredibus, Quia hæres grauatus non ſuccedit in his emphyteuſibus ex teſtamento, & conceſsione teſtatoris, ſed ex prouidentia, & conceſsione domini: in reſtitutione autem fideicommiſsi vniuerſalis ſolùm veniunt quæ hæres capit ex teſtamento, & diſpoſitione teſtatoris, vt declaratum eſt. Sic poſt Barthol. & multos alios Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib. 7. tit. 9. num.* 5. Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt.* 197. *ſub num.* 12. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 6. num.* 29. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 630. *num.* 18. Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap.* 8. *numer.* 26. Valaſc. *tract. de Iure emphyt. q.* 48. Cald. *de Nomin. emphyt. q. 24. num.* 26. P. Molina *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 479. *num.* 1. Gabr. Per. *deciſ.* 26. *numer.* 5. & dixi *in tract. de Cenſu & emphyteuſi, p. 2. diſp. 5. num.* 18.

1349 Limitant aliqui hanc reſolutionem, vt non procedat, quando fideicommiſſarius eſſet aliquis de comprehenſis in inueſtitura, vt videre eſt apud Manticam *d. numer.* 5. & Fuſar. *d. q.* 630. *num.* 11. Meritò tamen hanc limitationem rejicit Trentacinq. *vbi ſupra,* nam præfacta reſolutio non fundatur in eo, quòd ſubſtitutus ſit incapax talis emphyteuſis, ſed quòd hæres grauatus non capiat illam ex teſtamento, & conceſsione teſtatoris, ſed ex conceſsione domini; quæ ratio ſtat, ſiue ſubſtitutus ſit capax, ſiue incapax, juxta inueſtituram. Accedit præterea alia ratio non minùs efficax, quia in fideicommiſſo vniuerſali ſimpliciter relicto ſolùm venit hæreditas, & quæ in hæreditate continentur: emphyteuſis autem ex ſolo pacto, & prouidentia neque eſt hæreditas, neque pars hæreditatis, cùm non deferatur à teſtatore, ſed à domino.

1350 Si autem emphyteuſis ſit hæreditaria ſimpliciter, quæ etiam ad hæredes extraneos tranſire poſsit, fatentur omnes DD. ſupra citati, vno excepto Gabr. Per. venire in inſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis. Et quidem meritò, cùm talis emphyteuſis contineatur in hæreditate, & ſit verè pars hæreditatis, quam hæres per tale fideicommiſſum grauatur reſtituere; & ita etiam reſoluimus *d. tract. de Cenſu, & emphyteuſi, loco ſup. allegato.* Si verò emphyteuſis eſſet hæreditaria miſtè, vt quãdo eſſet conceſſa pro filijs, & deſcendentibus hæredibus: tunc vel fideicommiſſarius eſt extraneus, ſeu non comprehenſus in inueſtitura; & in eo caſu non continetur talis emphyteuſis in fideicommiſſo, nec venit reſtituenda, vt omnes facilè admittunt: vel eſt de comprehenſis in inueſtitura, & tunc credo quòd continetur in fideicommiſſo, tanquam pars hæreditatis, quam grauatus reſtituere jubetur, vt probaui *in d. tract. de Cenſu, & emphyteuſi, 2. p. diſp. 5. ſect. 2. §. 2. numer.* 19. & tradit in ſpecie Molina *d. diſp.* 479. *numer.*

mer. 1. ad mentem DD. quos ibi refert. Circa quam materiam plura ſcribunt Mantica Trentacinq. Peregrin. & Fuſar. *loco cit.* quæ tamen neceſſaria non ſunt, & magno indigent examine. Quæ autem de emphyteuſi dicta ſunt, pari ratione procedunt in feudo, vt apud DD. citatos videri poteſt.

1351 Infertur ſextò, ſi hæres grauatus aliquid obtinuit de bonis teſtatoris ex titulo inter viuos, qui ipſo jure erat inualidus, non teneri illud reſtituere ex cauſa fideicommiſsi vniuerſalis, ſi titulus ille per ſententiam fuit approbatus, credente judice per errorem illum fuiſſe validum, & legitimum. Ita cum Bartholo, & alijs Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *num* 17. *aliàs* 22. *in nouiſsima edit.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 6. *numer.* 2. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 663 Probant per text. expreſſum *in l. Debitor,* 59. *§. Ea quæ, ff. Ad Trebel.* & reddit rationem Peregrin. quia ſententia facit eſſe quod non eſt, *l. Ingenuum, ff. de Statu hom.* & facit de albo nigrum, & econtra, & de indebito debitum, *l.* 1. *Cod. de Condict. indeb,* plenè Iaſ *in rubr. ff. de Re jud.* & facit non eſſe fideicommiſſum, quod erat, *l. Qui Romæ, §. Duo fratres, ff. de Verb. obligat.* vbi Ripa *in* 4. *notab.* igitur, quanuis titulus reipſà fuerit nullus, attamen per ſententiam redditus eſt validus, & ſic perinde non tenetur hæres reſtituere quod ex eo obtinuit à teſtatore, acſi eſſet à principio validus, & verus: conſtat autem per ſupradicta, quòd obtenta alio titulo, quàm ex teſtamento, non veniunt in reſtitutione fideicommiſſi.

1352 Cæterùm hæc reſolutio. quanuis in foro externo regulariter admittenda ſit, propter authoritatem rei judicatæ, cui leges plurimùm deferunt, vt conſtat, tum ex ſupra allegatis, tum ex *l. Si fidejuſſor, §. In omnibus, ff. Mandati,* vnde communiter tradunt DD. quòd ſententia lata per errorem, ſiue facti, ſiue juris, valet mero jure, præterquam ſi juris error in ipſa expreſsè contineatur, *l. Si expreſsim, ff. de Appellat. & relationib. l.* 2. *Cod. Quando prouocare non eſt neceſſe,* latè DD. *in cap.* 1. *de Sent. & re judic.* Lancelot. *in Inſtitut. juris Canonici, tit. de Sententijs, & re jud. §. Si tamen ſententia,* & cæteri communiter: attamen in foro conſcientiæ non poteſt habere locum, ſi clarè conſtet de errore ſententiæ: quia talis ſententia venit reſcindenda per appellationem, vel alia juris remedia ob manifeſtam ejus injuſtitiam: & licèt pars læſa non appellet, non propterea cenſenda eſt ſponte ſua in ſententiam conſentire, cùm nemo injuſtitiam ſpontaneè patiatur: quare ſemper in foro veritatis retinet jus ad rem ſibi reſtituendam, & conſequenter pars, cui res malè fuit adjudicata, eam tenetur reſtituere, ſi ei de errore ſententiæ conſtet Ita relatis pluribus docet optimè Joan. Valer. *verb. Sententia, different.* 3. eſtque optimus text. ad hoc *in l. Iulianus,* 60 *ff. de Condict. indebiti,* ibi: *Licet enim abſolutus ſit, naturaliter tamen debitor permanet.* Id quod maximè procedit in rebus pecuniarijs, quarum dominium non amitti per ſententiam latam ex falſis probationibus, docet Leſſ. *lib.* 2. *de Iuſtit. cap.* 29. *dubit.* 10. *ſub numer.* 84. *verſ. Tertiò quia,* poſt Aragon. *q.* 60. *art.* 5. *in fine,* Sotum *lib.* 3. *de Iuſtit. q.* 4 *art.* 5. & alios, quos refert Ducitur, quia mens reipublicæ non eſt, nec eſſe poteſt, vt quis rebus ſuis per ſententiam falſis innixam probationibus priuetur; ſiquidem hoc eſſet abſque neceſsitate calumniatoribus fauere. Vnde addit, poſſe illum eas poſtea occultis modis recuperare ab eo, cui ſunt adjudicatæ: quibus conſonant, quæ ex quodam mihi ignoto Doctore tradit Oſuald. *in Addit. ad Donel. enucleatum lib.* 7. *cap.* 25. *lit. A.* vbi dicit ſententiam non facere veritatem, ſed haberi loco veritatis; & nuſpiam in jure tradi, quòd debitor à judice abſolutus deſinat debere, ſed propter peremptoriam rei judicatæ exceptionem, pro eo haberi, qui debitor eſſe deſierit. Quare ad rem præſentem dicendum omnino videtur, teneri hæredem grauatum fideicommiſſo vniuerſali reſtituere, quæ ipſi erroneè ſunt adjudicata, quaſi à teſtatore ei eſſent debita,

bita, cùm reuerà debita non eſſent; niſi eſſemus in caſu, in quo præſumi deberet voluntatem teſtatoris non eſſe, eum in illis bonis grauare.

Secunda regola eſt. Quę ad hęredem
1353 perueniunt, quia hæres eſt, non autem, vt hæres eſt, non veniunt in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis. Tradit hanc regulam Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 6. numer.* 35. cui etiam adhæret Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap.* 8. *ſub numer.* 17. *verſ. Et licet*, & videtur communiter recepta. Probatur *per l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* vbi habetur, jus ſepulchri, non tranſire in fideicommiſſarium, ſed manere apud hæredem grauatum: quod non tantùm procedit, quando jus ſepulchri eſt familiare, ſed etiam quando eſt hæreditarium; vt ibi notat Gloſ. & idem habetur *in l. Si quis hæres, ff. de Religioſ. & ſumptib. funer.* cujus deciſionis ea potiſsimum eſt ratio; quia licèt illud jus, quando eſt hæreditarium, tranſeat ad hæredem, quia eſt hæres, non tamen ad eum peruenit, vt eſt hæres. Quid autem ſit tranſire in hæredem, quia hæres, non autem vt hæres eſt? Declaratum eſt *ſupra num.* 1337.

Hinc deducitur, jus patronatûs li-
1354 bertorum quod liberis patroni defertur, non vt hæredibus, ſeu pro hęreditarijs portionibus, *l. Vt jurisjurandi, ff. de Oper. libert.* non tranſire in fideicommiſſarium, ſed remanere penes hæredem, vt conſtat per *l. Si patroni, in princip. ff. Ad Trebel.* & tradit Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap.* 25. *poſt princip.* Polit. *de Subſtitut. tit. de Compendioſa num.* 17. Intrigl. *de Subſtitut. cent.* 2. *q.* 94. *num.* 20. *& cent.* 3. *quæſtion.* 74. *numer.* 55. & Peregrin. *de Fideicommiß. articul.* 6. *numer.* 36. vbi cum Bartholo addit, ex eo quòd hoc jus non defertur pro portionibus hæreditarijs, ſatis eſſe quòd filius patroni ſit hæres in re certa ad hoc vt in jure illo ſuccedat.

1355 Deducitur prætereà, jus patronatus Eccleſiaſtici, licèt tranſeat ad quoſlibet hæredes, etiam extraneos, vt eſt communis DD. ſententia, *in Clement. Plures, de Iure Patron. & in l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* attamen non tranſire ad fideicommiſſarium, quia cùm tranſeat in ſolidum ad quemlibet hæredem; & non pro rata hæreditatis, non tranſit ad hæredes, vti hæredes, ſed quia hæredes; & ſic non trasfertur in fideicommiſſarium, ſed remanet apud hæredem grauatum, ita vt ſit jus hæreditarium directum, non obliquum: Sic Barthol. *in dict. l. Quia perinde*, & ibi Alberic. Paul. de Caſtr. & Alex. Imola *in dict. l. Si patroni*, & ibi Alex. *ff. Ad Trebel.* Couar. *lib.* 2. *Variar. reſol. cap.* 18. *numer.* 8. Anton. Gom. *tom. Variar. cap.* 5. *numer.* 29. Emman. Coſta *in cap. Si pater,* 2. *p. verb. Trebellianicæ, numer.* 4. *de Teſtament. in* 6. Rochus de Curte, *tract. de Iure patron. §. Ipſe velis, numer.* 17. Cæſar Lambertin. *tract. de Iure patron. lib.* 1. *p.* 2. *quæſtion.* 10. *articul.* 3. *numer.* 2. & cum multis alijs Peregrin. *dict. articul.* 6. *numer.* 37. Mantica *lib. 7. de Conject. vlt. vol. tit.* 6. *n.* 20. *in nouiſsima edit.* & Fuſar. *de Subſt. q.* 634. *n.* 2. eſtque communiſsima ſententia, quam etiam probauimus *ſect. præcedent. §.* 1. *numer.* 1130. licèt contrarium docuerit Molina Theologus *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 188. *fine.*

Alia quoque ſunt, quibus ſimiliter repugnat tranſire in fideicommiſſarium, vt dignitates, prærogatiuæ, honores, inſignia, armorum delationes, & hujuſmodi; quæ ita reſident penes hæredem vniuerſalem, & ejus hæredes, vt ad fideicommiſſarium vniuerſalem non tranſeant, vt in ſpecie tradunt Peregr. *d. art. 6. n.* 38. & eum multis alijs Fuſar. *de Subſt. q.* 645. Et quidem vniuerſim loquendo, quæ ad commodũ pecuniarum non ſpectant ad fideicõmiſſariũ non tranſeunt, ſed remanent penes hęredẽ, vt pro regula tradunt Imol. & Alex. *in d. l. Quia perinde*, & Peregr. *d. n.* 38.

Tertia regula eſt. Acquiſita per hære- 1356
dem grauatum poſt aditam hæreditatem, antequam eſſet in mora eam reſtituendi, non veniunt in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis, etiamſi fuerint acquiſita ex ipſis bonis hæreditarijs,

Digitized by Google

excepto ſemper caſu, quo teſtator aliud expreſsè diſpoſuerit. Hæc regula ab omnibus recipitur, licèt non ita ſub vna verborum comprehenſione tradi ſoleat, eam verò ſatis exprimunt Donell. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap. 26. ante med.* Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion. 627. numer.* 4. & Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 6. numer.* 39. per text. *in l. 3. ff. Ad leg. Falcid. & in l. In fideicommiſſariam, & in l. Ita tamen, §. 1. ff. Ad Trebel. & alia iura, atque* ibi DD. eandem tradunt Corn. *conſil.* 196. *numer.* 15. *lib.* 2. & Grauet. *conſil.* 144. *numer.* 4. *& conſil.* 295. *numer. Item* 4. *& conſil.* 316. *numer.* 3. Fundamentum illius notatur *in dict. l. In fideicommiſſariam,* vbi habetur fructus perceptos per hæredem ex rebus hæreditarijs, antequam eſſet in mora reſtituendi hæreditatem, non venire in fideicommiſſariam hæreditatis reſtitutionem, niſi ſpecialiter rogatus eſſet fructus reſtituere; reddita ea notabili ratione: *Quoties quis rogatur hæreditatem reſtituere, id videtur rogatus reddere quod fuit hæreditatis: fructus autem non hæreditati, ſed ipſis rebus acceptò feruntur.* Quæ ratio locum habet in omnibus emolumentis, & obuentionibus, quas hæres poſt aditam hæreditatem percipit ex rebus hæreditarijs: ſiquidem non percipit illas ex hæreditate, ſed ex rebus proprijs ipſius hæredis: nam hæreditas per aditionem eſſe deſijt, & cœpit eſſe patrimonium hæredis, *l. Hæres in omne, ff. de Acquir. hæredit.* Vnaquæque autem res ſuo domino fructificat; & ſic obuentiones illæ, quæ non jam hæreditati, ſed rebus proprijs hæredis acceptò feruntur, & earum ſunt fructus, non pertinent ad hæreditatem, neque in reſtitutione illius veniunt, ſed ad ſolum hæredem citra obligationem reſtitutionis.

1357 Iuxta hanc regulam non veniunt in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis, quæ ſerui hæreditarij poſt aditionem ſtipulati ſunt, vel per traditionem acceperunt, *dict. l. Ita tamen, §. 1. ff. Ad Trebel.* neque hæreditas, quæ hærede jubente per iſtos ſeruos fuit adita, *dict. §. 1. & l. Facta, §. Si hæres, ff. eod.* quod procedit licèt hæres fuerit coactus adire, vt habetur *in dict. §.* neque pignus, quod hæres accepit pro pecunia hæreditaria, quam ſuo nomine alij credidit, *l. Si hæres,* juncta Gloſ. *ibi, verb. Pignora, ff. Ad Trebel.* neque actio leg. Aquiliæ ex damno dato in re hæreditaria poſt aditionem, *l. Qui ita, §. 2. ff. eod.* prout bene declarat Donel. *de Iure Ciuili lib. 7. cap. 25. fine,* quod tamen Claudius Chifletius *lib.* 4. *de Iure fideicommiſſ. cap* 6. quem refert, nec refellit Oſuald. *in Addit. ad Donelum enucleatum dict. cap. 25. lit. H.* intelligendum putat de actione leg. Aquiliæ, quatenus eſt pœnalis, non verò quatenus rei perſecutoria, vt ſcilicet poſsit hæres retinere pœnam, at verò teneatur reſtituere, quod ratione rei fuerit conſecutus, nempe ſimplum, ſeu ſimplicem compenſationem damni. Cæterùm mihi hoc eſt difficile, cùm actio legis Aquiliæ ſuâpte naturâ ſit in ſimplum, & ſolùm inficiatione, ſeu per accidens, efficiatur pœnalis in duplum, *l. Item veniunt, §. Cum prædiximus. ff. de Petit. hæredit.* Quando autem hujuſmodi actio ad aliquem deuoluitur, intelligitur deuolui ſecundùm ſuam naturam primæuam, & per ſe, vt in ſpecie reſoluitur *in d. §. Cum Prædiximus.*

Similiter juxtà dictam regulam non veniunt in reſtitutionem fructus poſt aditam hæreditatem percepti, *dict. l. In fideicommiſſariam, & l. Poſtulante, §. 1. verſ. Sanè, ff. Ad Trebel.* neque quæ fructuum vice percipiuntur, vt penſiones, & mercedes, *l. Deducta, §. 2. & §. Ante diem* prout ibi ſubaudit Gloſ. magna *ff. Ad Trebel.* Cæterùm materia hæc de fructuum reſtitutione, vel retentione longam exigit explicationem, quam *in ſequentem §.* reſeruamus. 1358

Colligitur etiam ex dicta regula, non venire in reſtitutionem fideicommiſſi, quæ hæres grauatus lucratus fuerit ex bonis hæreditarijs, vel eorum occaſione, vt ſi cum pecunia hæreditaria negotiatus eſt 1359

eſt, & lucrum fecit: tum quia tale lucrum non erat in hæreditate, nec fuit acquiſitum, niſi poſt illam aditam: quæ autem poſt aditionem acquiruntur non reſtituuntur, vt per *dict. Regulam*. Tum etiam quia hujuſmodi lucrum non tam proceſsit ex bonis teſtatoris, quàm ex induſtria hæredis, qui cum illis negotiatus eſt: in reſtitutione autem fideicommiſsi non veniunt, quæ hæres ſuâ induſtriâ acquiſiuit, vt probat *l. Si hæres inſtitutus, ff. Ad leg. Falcid.* Atque ita relatis alijs docet Fuſar. *de Subſtit. q. 67. num. 6.*

1360 Colligitur prætereà, non teneri hæredem grauatum reſtituere bona, quæ ſuo nomine ſibi emit pecuniâ hæreditariâ, vel pecunijs exactis à debitoribus hæreditarijs, dummodo tamen ipſam pecuniam reſtituat: Gloſ. *in l. Imperator, §. fin. ff. de Legat.* 2. & ibi Rayner. Alben. Cuman. & Imola, Barthol. *in l. Item veniunt, ff. de Petit. hæredit.* & ibi Bald. Angel. & Fulgoſ. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. titul. 8. numer. 19. aliàs numer. 24.* Menoch. *conſil. 213. numer. 23.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 44. numer. 28. & ſequent.* & cum multis alijs Fuſar. *dict. quæſtion. 627. numer. 8.* Ratio eſt, quia illa bona nunquam fuerunt in hæreditate, & licèt fuerint empta ex pecunia hæreditaria, non propterea effecta ſunt hæreditaria, atque adeo nec ſubjecta reſtitutioni hæreditaris. Primò, quia quod quis emit nomine proprio, ſibi ipſi acquirit, quamuis emerit pecuniâ alienâ, *l. Si vt proponis, Cod. de Reiuendic. cum concordant* & res quam maritus emit pecunia dotali, non efficitur dotalis, ſed mariti, *l. Ex pecunia, Cod. de Iure dot. l. vltim. Cod. de Seru. pignor. dat. manumiſſ.* & res empta per ſocium nomine proprio ex pecunia communi, non efficitur communis *l. Si Titium, & Mæuium, ff. de Adminiſtr. tuto. cum alijs.* Ergo ſimiliter res empta pecuniâ hæreditariâ non efficitur hæreditaria, ſed emptoris. Secundò, quia hæres non cogitur eſſe procurator, aut negotiorum geſtor pro fideicommiſſario, *l. Poſtulante, §. Sed & in hujuſmodi, ff. Ad Trebel.* poteſtque vti pecunia hæreditaria in ſuum commodum, ſicut in cæteris rebus hæreditarijs, *l. In fideicommiſſariam, ff. Ad Trebel.* & ſic poteſt talem pecuniam expendere, & ſibi cum illa negotiari, & emere; non enim tenetur reſtituere fideicommiſſario eandem numero, quam in hæreditate reperit, ſed ſatis eſt quòd reſtituat tantundem; nam pecuniæ in genere ſuo functionem recipiunt, *l. 2. §. Mutui datio, ff. Si cert. pet.* & nihil intereſt fideicommiſſarij reſtitui ei hanc numero pecuniam potiùs quàm aliam ejuſdem quantitatis. Tertiò denique, quia licèt pretium rei hæreditariæ ſuccedat loco rei, attamen res empta pecuniâ hæreditariâ non ſuccedit loco pretij, ſeu ipſius pecuniæ hæreditariæ, vt colligitur *ex l. Sed & ſi lege, §. 1. ff. de Petit. hæredit.* vbi habetur, quamuis pretium rei hæreditariæ ſuccedat loco ipſius rei, tamen rem aliam pretio illo emptam non ſuccedere loco talis rei hæreditariæ. Vnde Barthol. Bald. & Angel. *ibi*, notant abſolutè ex hoc text. quòd licèt pretium ſuccedat loco rei, tamen res non ſuccedit loco pretij: id verò quoad primam aſſertionem declarat Menoch. *dict. conſil. 213. numer. 2. & ſequentib.* procedere tantùm in judicijs, ſeu cauſis vniuerſalibus.

Aliter dicendum, ſi res fuiſſet 1361 empta nomine hæreditario, ſeu hæreditatis: tunc enim efficitur hæreditatis, & propterea venit in reſtitutione hæreditatis, & fideicommiſsi, *l. Item veniunt, ff. de Petit. hæredit. & l. Imperator, §. fin.* juncta Gloſ. *ibi, verb. Non videtur, ff. de Legat.* 2. & tradunt relatis alijs Menoch. *dict. conſil. 213. numer. 21.* & Fuſar. *dict. quæſtion. 627. numer. 21.* In dubio autem, an res fuerit empta nomine proprio ipſius hæredis, vel nomine hæreditatis? Communior ſententia videtur, cenſeri emp-

tam nomine proprio, vt expreſsit Barthol. *in dict. l. Imperator, §. fin. in 2. oppoſit.* & tenet relatis plurimis Menoch. *dict. conſil.* 213 *num.* 36. *& ſequentib.* vbi oſtendit, perperam aliquorum Doctorum authoritates in contrarium allegari: nonnullos etiam pro hac parte refert Fuſar. *dict. quæſt.* 627. *numer.* 23. Et ratio eſt, quia faciens actum præſumitur de jure, facere illum nomine proprio, *l. Et magis,* & ibi Barthol. *ff. de Solution.* Probat etiam hanc ſententiam text. *in l. Si hæres pecuniam, ff. Ad Trebel.*

1362 Hæc reſolutio procedit, niſi ex verbis contractus, vel ex alijs circunſtantijs, ſufficiens habeatur conjectura quòd res fuerit empta nomine hæreditario; qua de re videndus Peregrin. *d. art.* 44. *num.* 28. *&* 29. Item ſi executor teſtamenti rem aliquam emiſſet ex pecunia hæreditaria, cenſebitur non ſibi, ſed hæreditati acquiſiuiſſe; quia præſumitur emiſſe ratione officij, & ſic nomine hæreditatis: Natta *conſil.* 211. *num.* 4. *lib.* 1. Menoch. *d. conſil.* 213. *num.* 44. & Fuſar. *ſup. numer.* 30. & idem eſt quando curator hæreditati datus rem aliquam ex pecunia hæreditaria comparaſſet, vt notat idem Menoch. *numer.* 53. *& ſequentib.* & Fuſar. *numer.* 31. Illud etiam hìc notant DD. in dubio, an hæres emerit pecuniâ hæreditariâ, vel propriâ, præſumi emiſſe pecuniâ propriâ. Sic Paul. de Caſtr. Dec. Cagnol. Tiraquel. & alij, quos citant, & ſequuntur Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 25. *numer.* 34. *& ſequentib.* & Fuſar. *dict. quæſtion.* 627. *numer.* 35. *& ſequentib.* ad quod eſt text. *in l.* 2. *Cod. Pro Socio,* vbi res præſumitur empta ex pecunia propria: vnde Barthol. Bald. Angel. Fulgoſ. & alij communiter inferunt, acquiſita per ſocium præſumi comparata ex pecunia propria. Procedit autem hæc traditio, niſi ſint conjecturæ pro pecunia hæreditaria, ac nonnullas conjecturas hujuſmodi affert Fuſar. *cit.*

1263 Si autem hæres grauatus res aliquas acquirat ex permutatione cum hæreditarijs, tenebitur eas reſtituere fideicommiſſario loco hæreditariarum, nam res permutata ſuccedit loco ejus, cum qua permutata eſt, *l. Si donata, §. fin. ff. de Donat. inter vir. & vxor. l. Filiæ, §. fin. ff. de Condit. & demonſtr. l. Imperator, §. Fine, ff. de Legat.* 2. *l. Si & rem, & pretium, ff. de Petit. hæredit. l. Ita conſtante, & l. ſequent. ff. de Iure dot.* Et ita in ſpecie rem permutatam ſubjacere fideicommiſſo loco hæreditariæ ex permutationis cauſa alienatæ, docent relatis pluribus Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *numer.* 23. *aliàs numer.* 28. *in nouiſsima edit.* Menoch. *conſil.* 70. vbi plura de hac re affert, & Peregrin. *de Fideicommiſſ. articul.* 44. *numer.* 30. ubi aſſerit, ſe ita de facto in quadam graui cauſa obtinuiſſe.

Difficultas verò eſt, quando hæres ipſam etiam rem permutatione acquiſitam alienauit, an tunc fideicommiſſarius eam poſsit vendicare à tertio poſſeſſore? Et idem eſt de rebus pecuniâ hæreditariâ acquiſitis, quæ erant ſubjectæ reſtitutioni, & ab hærede fuerunt alienatæ. In qua difficultate aliquibus placet pars negatiua; quia fideicommiſſario reſpectu talis rei nulla actio videtur competere: non vendicatio; quia non fuit in dominio teſtatoris: non hypothecaria; quia hæc non competit fideicommiſſario, niſi pro rebus teſtatoris, *l.* 1. *Cod. Communia de legat.* non etiam perſonalis ex teſtamento; quia hæc non datur aduerſus ſingularem ſucceſſorem, *l.* 1. *§. Si hæres, ff. Ad Trebel.* Non denique alia ſubſidiaria; quia ſubſidiaria non datur aduerſus poſsidentem titulo oneroſo, ſed tantùm lucratiuo, *l. Si cum ſeruum, ff. Si cert. pet. l. fin. in princip. ff. de Eo per quem fact. er. l. Vxor marito, ff. de Donat. inter vir. & vxor.* 1364

Contrariam tamen ſententiam tenent meritò Alciat. & Socin. jun. quos citant, & ſequuntur Peregrin. *dict. articul.* 44. *ſub numer.* 31. qui aſſerit, ita ſe vidiſſe judicatum, & Fuſar. *dict. quæſt.* 627. *numer.* 43. quia cùm illa res, 1365

vbi

Google

vbi ſemel fuit acquiſita per hæredem, effecta fuerit hęreditaria, & ſubjecta reſtitutioni ex fideicommiſſo, vice illius cum qua fuit permutata, ſtatim in eam tranſijt hypotheca, quæ pro fideicommiſſo competit in ipſis rebus teſtatoris, vt per Barthol. *conſil.* 114. & Iaſ. *conſil.* 231. *in princip. lib.* 2. cùm enim ſubierit locum rerum teſtatoris, conſequenter earum conditionem, & obligationem ſubijt, acſi à principio in ipſis bonis teſtatoris fuiſſet. Ergo licèt poſtea fuerit alienata ab hærede, id non tollit quominus maneat cum eadem obligatione hydothecę, nam res tranſeunt cum ſuo onere, *l. Diſtractis, l. Pignoris, Cod. de Pignor.* & hinc patet reſponſio ad fundamentum ſententię oppoſitæ. Intellige vero hanc reſolutionem, quando hæres legitimè rem fideicommiſſariam permutauit, juxta ſupra dicta §. 5. *numer.* 1223. *& ſequentib.* nam ſi permutatio fuit illegitimè facta, vt cum re minùs vtili, poterit fideicommiſſarius ipſam rem fideicommiſſariam vendicare; non enim in tali caſu manſit libera ex permutatione.

Quædam alia his affinia tradit Fuſar. *dict. quæſtion.* 627. in quibus non libet immorari: non enim hìc omnia ad Fideicommiſſariam ſpectantia tradere profitemur.

1366 Illud tamen non omittam, quod plenè diſcutit Peregrin. *de Fideicommiſſ. articul.* 10. *numer.* 11. *& ſequent.* an ſcilicet bona quæ hæres grauatus acquirit ex pręſcriptione cæpta à teſtatore, & completa per ipſum hæredem, acquirantur hæreditati, & veniant reſtituenda ex fideicommiſſo, vel acquirantur tantùm ipſi hæredi? Ad quod breuiter dicendum, acquiri hęreditati, & eſſe reſtituenda. Sic Bald. *in l. Paulus, ff. de Pignor.* Neguzant. *de Pignor. in* 2. *p. principij, numer.* 54. Peregrin. *loco citat.* & Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 640. *numer.* 1. Probatur per text. *in l. Veniunt, & l. ſequent. ff. Famil. erciſcund.* vbi res per hæredes vſucaptæ ex perſona defuncti veniunt in judicio familiæ erciſcundæ, tanquam res ſimpliciter hæreditariæ. Et præterea, quia in petitione hæreditatis fideicommiſſariæ veniunt quæ quoquo modo erant tenta, & poſſeſſa per defunctum tempore mortis, *l. Item videndum, §. fin. & ll. ſeqq. ff. de Petit. hæredit. juncta l.* 1. *ff. de Fideicommiſſariæ hæredit. petit.* Ac denique quia hæres grauatus habuit ab ipſo defuncto titulum pro hærede in illis rebus, vt patet ex toto *titul. ff. Pro hærede*, atque adeo ab ipſo defuncto habuit præſcribendi cauſam, & conſequenter ab eo cenſetur habere ipſam rem præſcriptam, non ab illo, aduerſus quem præſcripſit, vt eſt caſus *in l. Si alienam, ff. de Donat. cauſ. mort.*

Ex quibus non placet diſtinctio, 1367 quam adhibet Corn. *conſil.* 304. *numer.* 4. *&* 12. *lib.* 3. vbi dicit, præfatam reſolutionem procedere quando teſtator cæpit rem poſſidere cum titulo, & bona fide: ſecus autem ſi abſque titulo, vel cum mala fide vera, vel pręſumpta. Non placet, inquam; nam quocumque modo res fuerit poſſeſſa à teſtatore, venit in petitione hæreditatis, vt dictum eſt, & conſequenter reſtituenda eſt fideicommiſſario. Et ità hanc diſtinctionem rejicit Peregrin. *dict. articul.* 10. *numer.* 12. Hoc tamen intellige, niſi hæres ex propria perſona rem præſcripſerit, vt ſit quando hæres rem poſſedit bona fide tempore longiſsimo 30. *vel* 40. annorum, & vult præſcriptionem à ſe inchoari, nolendo juuari tempore quo defunctus rem poſſedit mala fide. In hoc enim caſu legitimè rem præſcribi ex propria hæredis perſona tradunt Menchaca *Illuſtr. controuerſ. cap.* 73. *numer.* 7. Petr. Barboſ. *in Rubric. Cod. de Præſcript.* 30. *vel* 40. *an. numer.* 239. *&* 240. *juncto numer.* 215. *cum ſequentib.* & alij, quos citaui, & ſequutus ſum *in tract. de Cenſu, & emphyteuſi,* 1. *p. diſput.* 1. *ſect.* 14. *numer.* 252. Quæ autem hæres ex propria perſona, & non ex perſona teſtatoris, ſeu vt hæres illius acquirit, certum eſt non acquiri hæreditati, nec venire in reſtitutione fidei-

deicommiſsi, vt ex ſupradictis conſtat.

§. 13. *Vtrum fructus ex bonis teſtatoris per hæredem grauatum percepti veniant in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis?*

SVMMARIVM.

Fructus percepti tempore mortis teſtatoris, & in ejus hæreditate reperti, veniunt per ſe, ac regulariter loquendo, in reſtitutionem fideicommiſsi vniuerſalis; num. 1368.

Fructus percepti poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem obnoxij etiam ſunt reſtitutioni ex fideicommiſſo vniuerſali; numer. 1369. *Vtrum hoc procedat, ſiue hæres poſtea adierit coactus, ſiue ſpontaneè? num.* 1370.

Fructus percepti poſt aditam hæreditatem ante diem, ſeu caſum fideicommiſſi, non veniunt in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis; num. 1371. *Quid nomine,* fructuum, *in hoc caſu intelligatur? num.* 1372.

Vtrum partus ancillarum editi medio tempore poſt aditam hæreditatem, & ante caſum fideicommiſsi, retineri poſſint ab hærede, citra obligationem reſtitutionis? Prima ſententia negat, & quibus fundamentis? num. 1372. *Secunda affirmat, & meritò; num.* 1373. *Soluuntur fundamenta contraria; numer.* 1374.

Partus ancillarum non veniunt nomine, redituum, *vel,* fructuum; *ibid.*

Fœtus pecorum ſunt propriè fructus, & non veniunt reſtituendi ex fideicommiſſo vniuerſali, ſi dicto medio tempore ab hærede ſunt percepti: & quomodo id ſit intelligendum? num. 1575.

Aſsignantur multi caſus, in quibus fructus dicto medio tempore, poſt aditam hæreditatem, & ante caſum fideicommiſsi percepti, reſtituendi ſunt; num. 1376.

Fructus percepti poſt caſum fideicommiſſi ab hærede conſtituto in mora reſtituendi hæreditatem debent reſtitui fideicommiſſario; num. 1377. *Secus verò ſi percepti ſunt ab hærede non conſtituto in dicta mora; num.* 1378. *Aſsignantur aliqui caſus, in quibus etiam fructus ante dictam moram ab hærede percepti reſtituendi ſunt; numer.* 1379. *& ſeqq.*

Fructus pendentes tempore mortis teſtatoris vel hæreditatis jacentis, & percepti poſt aditam hæreditatem, an veniant reſtituendi ex fideicommiſſo vniuerſali? num. 1382. *& ſeqq.*

IN hac quæſtione explicanda ſatis multi ſunt DD. inter quos eam latiſsimè 1368
excutiunt Mantica *de Conject. vltim. vol. lib. 7. tit.* 10. Menoch. *de Arbitr. judic. ſent. lib.* 2. *caſu* 256. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 49. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 626. & alij Recentiores: facilè tamen, ac multò breuius eam in preſenti expediemus. Tria ergo tempora circa fructus bonorum teſtatoris à DD. diſtingui ſolent. Primum eſt de fructibus perceptis, & inuentis in hæreditate, tempore mortis teſtatoris. Secundum de perceptis poſt teſtatoris mortem, ante aditam hæreditatem. Tertium de perceptis poſt hæreditatem aditam. De fructibus primi temporis nulla eſt difficultas; cùm certiſsimum & euidens ſit, eos venire in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis, ſicut alia bona, quæ teſtator tempore mortis poſsidebat, & hæredi reliquit. Atque ita docent communiter DD. vt apud citatos videre licet, præſertim Mantica *d. tit.* 10. *num.* 1. *& ſeqq.* qui latiùs hunc articulum declarat. Aduerte autem hoc procedere per ſe, ac regulariter loquendo: nam cùm fructus ſint bona mobilia, quæ breui conſumuntur, aut corrumpuntur, multiſque caſibus ſunt obnoxia, ſæpe excuſabitur hæ-

hæres grauatus ab illis reſtituendis, ſaltem in ſpecie, vt conſtabit *ſequenti §.* vbi de reſtitutione mobilium agendum eſt,

1369 De fructibus etiam ſecundi temporis, id eſt, de perceptis poſt obitum teſtatoris ante hæreditatem aditam, communis Doctorum eſt ſententia; eos obnoxios eſſe reſtitutioni ex fideicommiſſo vniuerſali. Sic Gloſ. *in l. Fideicommiſſi, in princip. verb. Non lucrum, ff. de Vſur.* Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 15. *in princip.* Mantica *d. tit.* 10. *num.* 6. Emman. Coſta *in cap. Si pater, p.* 3. *verb. Obliqua, num* 34. *de Teſtament. in* 6. Peregrin. *d. art.* 49. *num.* 2. *&* 3. Menoch. *de Arbitr. judic. ſent. d. caſu* 256. *num.* 7. Fuſar. *d. q.* 626. *num.* 12. & alij, quos referunt; ad quod eſt text. *in l. Ita tamen, §.* 1. *in fine, ff. Ad Trebel.* Et ratio eſt, quia hi fructus ſunt hæreditatis jacentis, non hæredis, cùm is nondum exiſtat; & ſic augent ipſam hæreditatem, *l. Item veniunt, §. Fructus, ff. de Petit. hæred.* atque adeo cum ea veniunt reſtituendi.

1370 Sentiunt autem Gloſ. & Barthol. *in d. l. Ita tamen, §.* 1. & Anton. Gom. *vbi ſupra*, præfatam reſolutionem procedere tantùm, quando hæres adiuit coactus, in qua tantùm ſpecie videtur loqui text. *in d. §.* 1. ſecus verò dicendum quando adiuit ſponte; quod hac ratione probari poteſt. Nam hæres quandocumque hæreditatem adeat, talis aditio retrotrahitur fictione juris ad diem mortis teſtatoris, *l. Hæres quandocumque, ff. de Acquir. hæred.* quare ex tunc cenſetur dominium bonorum comparaſſe, quaſi tunc reipſâ adjiſſet, & conſequenter ad eum etiam ſpectant fructus poſt mortem teſtatoris percepti, quaſi ex rebus ſuis eos percepiſſet. Nihilominus etiam ab hærede ſponte adeunte reſtitui debere dictos fructus, probat ratio *num. præced.* adducta, & tenet communis DD. quam relatis pluribus tradunt Mantica *d. num.* 6. Peregrin. *d. art.* 49. *num.* 2. Molina *tom.* 1. *diſp.* 187. *num.* 12. & Fuſar. *vbi ſupra*, ac pro illa ſtat clarè text. *in d. §.* 1. *in fine*, vt optimè ponderat Mantica *d. num* 6. *fine*. Neque obſtat ratio oppoſita ex retrotractione aditionis ad diem mortis teſtatoris; quia cùm ea retrotractio ſit ficta, & ex quadam neceſſitate, non debet operari in præjudicium fideicommiſſarij, contra quod æquitas, & ratio ſuadet. Id tamen in hærede Suo limitant meritò cum communi Coſta *vbi ſupra, num.* 50. & Molina *d. diſp.* 187. *num.* 13. cum hæres Suus ſtatim à morte patris fiat verè dominus hæreditatis, antequam illam adeat, *l. In ſuis, ff. de Suis, & legit. hæred.*

Circa fructus tertij temporis, qui ſcilicet poſt aditam hæreditatem ſunt percepti, diſtinguendum eſt. Nam vel ſunt percepti ante diem, ſeu caſum fideicommiſſi, vt quando fideicommiſſum erat conditionale, vel ex die, & fructus ſunt percepti ante eaſum conditionis, vel diei aduentum: vel percepti ſunt poſtea. Si ante illum diem, ſeu caſum ſunt percepti, reſolutio eſt, eos non venire in reſtitutione fideicommiſſi, vt habetur *in l. In fideicommiſſariam, in princip. & in l. Mulier §. Si hæres, verſ. Alia cauſa, & in l. Poſtulante. §. Sed in hujuſmodi, ff. Ad Trebel.* & declarant latè Gloſ. 2. *in d. l. In fideicommiſſariam, in princip.* & Gloſ. *in d. l. In fideicommiſſi, in princip. verb. Non lucrum, ff. de Vſur.* Mantica *lib.* 7. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 10. *à num.* 7. Donel. *de Iure ciuili lib.* 7. *cap.* 26. Peregrin. *d. art.* 49. *à num.* 20. & Fuſar. *de Subſtit. q.* 626. *numer.* 16. *& ſeqq.* Ratio patet ex generali regula tradita, & declarata, *§ præced. num.* 1357. Accedit præterea ratio alia, quia ideo dilatio reſtitutionis vſque ad caſum fideicommiſſi conditionalis, vel in diem, cenſetur adjecta, vt commoda interim percepta eſſent hæredis, *d. l. Mulier, §.* 2. *fine*, vbi dicitur fructus, qui medio illo tempore percepti ſunt ab hærede, videri judicio teſtantis perceptos. 1371

Nomine, *fructuum*, hoc loco non tantùm intelliguntur fructus propriè dicti, vt qui percipiuntur ex arboribus, prædijs, vineis, &c. ſed etiam quæ vice fructuum percipiuntur, ut penſiones, & mercedes, *l. Deducta, §.* 2. *& §. Antè diem, juncta Gloſ. magna, ff. Ad Trebel.* qua de re 1372

vide Peregrin. *d. art.49.num.66. & ſeqq.* vbi variè circa hujuſmodi acceſsiones diſtinguit.

Difficultas verò eſt circa partus ancillarum, qui medio illo tempore fuerint editi, an ſimiliter vice fructuum obueniant hæredi abſque onere reſtitutionis? Pro parte negatiua ſtat textus notabilis *in d. l. Deducta, §. Hæreditatem, ff. Ad Trebel.* ibi: *Hæreditatem poſt mortem ſuam, exceptis reditibus, reſtituere rogatus, ancillarum partus non retinebit.* Item text. *in l. 3. in fine, princip. ff. de Inſtructo vel inſtrum. legat.* ibi: *Sed & augmenta fætuum, & partuum fideicommiſſo contineri,* & text. *in l. Mulier, §. Sed enim, verſ. Præterea, ff. Ad Trebel.* vbi dicitur, ſi partus extant, hæres fideicommiſſario rationem reddere debet: & per conſequens debet eos ei reſtituere. Accedit præterea ratio; quia partus ancillæ in fructu non eſt *d. § Sed enim, & l. In pecudum, ff. de Vſuris,* & ita non eſt acceſsio, quæ rei hæreditariæ, nempe ancillæ matri, accepto feratur, ſed pars quædam principalis, quæ per ſe ſpectatur, & ipſi tantùm hæreditati accepto ferri poteſt: quæ autem ex hæreditate obueniunt in fideicommiſſo hæreditatis continentur, & cum reliqua hæreditate reſtituuntur. Quare hanc partem, præter alios apud Gamam *infra citat.* ſuſtinet Oſuald. *in Annot. ad Donel. enucleatum lib. 7. de Iure ciuili, cap. 26. lit. D.* vbi addit, idem dicendum eſſe in fætibus pecorum per text. *in d. l. 3. ff. de Inſtruct.*

1373 Contrariam nihilominus ſententiam tenent meritò Donel. *d. cap.26. poſt princip.* Anton. à Gama *deciſ.* 135. vbi poſt longam altercationem hanc ſententiam ſequitur, & pro ea judicatum fuiſſe affirmat, Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſp.* 188. *verſ. Dubium eſt,* Fuſar. *d. q.* 626. *num.* 17. & alij antiquiores apud Gam. *ſup. numer.* 2. inter quos Accurſius varijs in locis, & Alex. copioſè hac de re diſſerens *in d. l. Mulier, §. Si hæres;* aliquos etiam pro hac parte refert Menoch. *de Arbitr. judic. ſent. caſu* 49. vbi egregiè hanc controuerſiam exponit. Probatur primò ex text. *in l. Paulus reſpondit, in princip. ff. Ad leg. Falcid.* ibi; *Idem reſpondit partus ancillarum ante diem fideicommiſsi editos ad hæredes ejus, qui rogatus eſt, pertinere:* cujus textus non declinabit vim, qui reſponderit, ſermonem ibi eſſe de fideicommiſſo particulari; nam eadem, & fortè vrgentior eſt ratio in fideicommiſſo vniuerſali, vt latè ponderat Gama *loc. cit.* qui tamen addit, ſpeciem illius caſus in fideicommiſſo vniuerſali propoſitam eſſe. Secundò ex text. *in l. Paulus reſpondit, verſ. Hæres rogatus erat, ff. de Vſuris,* ibi; *Paulus reſpondit, ante diem fideicommiſsi cedentem partus ancillarum editos fideicommiſſo non contineri:* qui textus expreſsè loquitur in fideicommiſſo vniuerſali. Tertiò denique illa ratione, quia quando per teſtatorem apponitur dilatio reſtituendi fideicommiſſum gratiâ hæredis, nunquam fructus, vel alia emolumenta medio tempore percepta veniunt in reſtitutione fideicommiſsi, *l. Si ita ſcriptum fuerit, §. Pegaſius, ff. de Legat.* 2. Gloſ. *in l. 1, verb. Poſſunt,* & ibi DD. *ff. de Condit. & demonſtr.* ideo enim talis dilatio eſt conceſſa, vt commoda interim percepta eſſent hæredis; & idem eſt quando dilatio poſita eſt gratiâ vtriuſque, ideſt, tam hæredis, quàm fideicommiſſarij, ſecundùm Gloſ. *in l. Cum ex filio, ff. de Vulgari,* quam ibi valde commendat Alex. & Ripa; *in l. In fideicommiſſariam, num. 8. ff. Ad Trebel.* licèt hoc ab alijs negetur apud Fuſar. *de Subſtit. q. 626. num.* 41. quando autem fideicommiſſum eſt ſimpliciter conditionale, vel in diem, in quo caſu hìc loquimur, vt cùm hæres grauatus eſt reſtituere poſt mortem, vel poſtquam fuerit maior, aut ſimiliter, dubium non eſt quin talis dilatio in ejus gratiam ſit appoſita. Et ſic partus ancillarum medio tempore editi ejus emolumento cedunt, & non tenetur eos reſtituere.

Nec obſtant in contrarium adducta. 1374
In primis enim non obſtat text. *in d. §. Hæreditatem,* nam vt alias reſponſiones omittam, in eo caſu conſtabat teſtatoris voluntatem fuiſſe, vt ancillarum partus, reſ-

reſtituerentur, ſiquidem grauando hæredem reſtituere, exceptis reditibus, planè voluit, vt reſtitueret omnia quæ nomine reditus non veniunt: conſtat autem partus ancillarum non venire appellatione redituum. Non obſtat etiam text. *in d. l.* 3. *ff. de Inſtruct.* quia ibi fuit legatus fundus inſtructus, ideſt, cum inſtrumentis ad ejus culturam applicatis, in quibus continebantur ſerui, & ancillæ, & pecudes. in legato autem talium inſtrumentorum veniunt etiam pecudum fætus, & partus ancillarum, tanquam inſtrumenta renouata. Ita reſpondet Barthol. *ibi*; & ſic non poteſt inde colligi, quod etiam in fideicommiſſo vniuerſali veniant hujuſmodi partus medio illo tempore editi; cum hæres nō cogatur reſtituere hæreditatem renouatam, ſed ſolùm vt eam inuenit tempore aditionis. Mitto alias reſponſiones, quæ apud Gloſ. & Barthol. *ibid.* videri poſſunt. Item non obſtat text. *in d. §. Sed enim*, nam reſpondeo, eum textum procedere quando hæres eſt rogatus reſtituere, exceptis fructibus, vel reditibus, vt colligitur ex ratione, quam ſtatim ſubdit, ibi: *Quia in fructibus hi* (ſcilicet partus) *non habentur*: vnde cùm illi partus non ſint fructus, reſtitui debent, ſicut exprimitur *in d. §. Hæreditatem*, ſupra explicato: noſtra autem reſolutio procedit, quando hæres ſimpliciter eſt grauatus reſtituere hæreditatem poſt mortem, vel ſub alia conditione, aut in diem. Non obſtat denique ratio petita ex eo quod partus ancillarum in fructibus non habeantur: nam inde non ſequitur quòd debeant haberi vt pars principalis ipſius hęreditatis, & non potius acceſsiones ex ipſis rebus hęreditarijs prouenientes; quia negari non poteſt, quod lato modo ſint reditus, & augmentum, vt aduertit Gama *d. deciſ.* 135. *num.* 4. & licèt non dicantur fructus, id ob dignitatem naturę humanæ conſtitutum eſt, vt conſtat *ex d. l. In pecudum*, non verò quòd reipſâ non ſint obuentiones ex ancillis hæreditarijs.

1375 Et hinc à fortiori colliges contra Oſuald. *loco ſup. citat.* fætus pecudum dicto medio tempore editos non venire in reſtitutione, quia hujuſmodi fætus ſunt propriè fructus, ſicut lac, & lana, vt expreſsè habetur *in d. l. In pecudum*. Neque obſtat text. quo Oſuald. mouebatur *in d. l.* 3. *ff. de Inſtruct.* quia procedit in fideicommiſſo, quo hæres grauatus eſt reſtituere fundum cum pecudibus, vt inſtrumentis ad illius culturam neceſſarijs, in quo caſu eſt diuerſa ratio, vt ſupra ex Bartholo declaratum eſt. Non procedit autem hæc ſententia in fætibus pecorum, qui loco demortuorum capitum ad conſeruandum, ac retinendum gregem ſubmittuntur: hi namque reſtituendi veniunt, nec cenſentur reditus, vt expreſsè habetur *in d. l. Deducta, §. Hæreditatem, ff. Ad Trebel.* Totam hanc doctrinam circa fætus pecudum tradit, & latiùs probat Mantica *de Conject. vltim. vol. lib.* 7. *tit.* 10. *num.* 36. *& ſeqq.* contra nonnullos, qui ſimpliciter volunt, non ſolùm fętus, qui in locum demortuorum capitum ſubmittuntur, ſed etiam reliquos reſtitui debere, quorum fundamenta refert, ac bene refellit idem Mantica. Vide etiam hac de re Menoch. *de Arbitr. cap.* 256. *numer.* 23. & Intrigl. *de Subſt. cent.* 3. *q.* 74. *num.* 44.

Cæterùm prædicta reſolutio principalis tradita *num.* 1371. quod fructus poſt aditam hæreditatem ante caſum fideicommiſsi percepti non veniant reſtituendi ex fideicommiſſo, in multis caſibus fallit quos breuiſsimè perſtringam. 1376 Fallit primò, quando teſtator vſus fuiſſet verbis vniuerſalibus geminatis, vt ſi dixiſſet; *Quantacumque pecunia ad te peruenerit ex bonis, & hæreditate mea, eam omnem reſtituas.* Secundò, quando ſpecialiter juſsiſſet etiam illos fructus reſtitui. Tertiò, quando hæres fuit grauatus vltra vires hæreditarias, Quartò, quando aliqua res caſu perijſſet ante fideicommiſsi reſtitutionem, quia tunc ſupplenda erit ex fructibus, *l. Scribit Celſus*, & ibi Gloſ. *ff. Ad Trebel.* Quinto, quando hæres fuiſſet creditor teſtatoris, vel hæreditatis, quia tunc fructus cum credito compenſabit, maximè quando fuit inſtitutus animo

mo compenſandi. Sextò, quando hæres eſt grauatus reſtituere filio teſtatoris. Septimò, quando hæres fuit grauatus reſtituere, *quidquid ſupererit ex hæreditate, & bonis teſtatoris*, quia tunc fructus extantes quando ceſsit dies fideicommiſsi, reſtituendi ſunt; licèt aliud ſit quando fuit grauatus de reſtituendo, *quidquid ſupererit ex hæreditate.* Ratio hujus diſcriminis eſt, quia fructus percepti poſt aditam hæreditatem, non pertinent ad illam, nec ei accepto feruntur, cùm poſt aditionem deſinat eſſe hæreditas, & incipiat eſſe patrimonium hæredis, *l. Sed ſi plures, §. Filio, ff. de Vulgari,* pertinent autem ad bona, quæ etiam poſt aditam hæreditatem nomen bonorum defuncti retinent, & fructus ex bonis ſunt, vt inquit text. *in l. In fideicommiſſariam, §. 1. ff. Ad Trebel.* Quas omnes limitationes, ſeu fallentias, latè eas explicando, ac nonnullas etiam ſublimitando, tradunt relatis alijs Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit.* 10. Menoch. *de Arbitr. jud. ſent. caſu* 256. Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 49. *à num.* 16. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 626. *à num.* 21. qui quaſdam alias limitationes minoris momenti adducit, in quibus non puto immorandum.

1377 Si verò fructus ſunt percepti poſt caſum fideicommiſsi, diſtinguendum vlteriùs eſt: nam vel fuerunt percepti per hæredem ob negligentiam fideicommiſſarij, qui reſtitutionem hæreditatis non petiuit, & ſic cùm hæres non eſſet in mora reſtituendi; vel eo jam in mora conſtituto: ſi poſt moram, certum eſt teneri hæredem eas reſtituere; quia mora & culpa non debet ei prodeſſe. Et ita docent omnes, vt apud *infra citat.* videre licèt, conſtatque per text. *in l. Poſtulante, §. 1. ff. Ad Trebel. cum ſimilibus.*

1378 Si autem percepti ſunt ab hærede non conſtituto in mora, nulla eſt obligatio eos reſtituendi, vt eſt text. *in d. l. Poſtulante, §. 1. & in l. In fideicommiſſariam, in princip. ff. Ad Trebel & ſimilibus,* & docent Gloſ. *in l. In fideicommiſsi, in princip. verb. Non lucrum, ff. de Vſur.* Mantica *lib. 7. de Conjectur. tit.* 10. *numer.* 7. *verſ. Rurſus etiam,* Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 187. *num.* 17. Peregrin. *d. art.* 49. *num.* 79. Fuſar. plurimos referens *d. q.* 626. *num.* 60. & cæteri omnes. Ratio eſt, quia dominium rerum hæreditariarum acquiritur hæredi, vbi primum hæreditatem adit, *l. Cum hæredes, in princip. ff. de Acquir. poſſeſſ. l.* 1. *§ Scæuola, ff. Si is qui teſtam. liber. eſſe juſſ. fuer.* & non tranſit in fideicommiſſarium, niſi facta reſtitutione, ſaltem verbali, *l. Reſtituta, in princip. & l. Facta, ff. Ad Trebel. & §. Reſtituta, Inſt. eod. tit.* Ergo hæres percipiens fructus poſt aditam hæreditatem, antequam facta ſit reſtitutio, facit illos ſuos, cùm percipiat eos ex re ſua, nec tenetur eos reſtituere, ſi non fuit in mora, ſeu culpa, non reſtituendo hæreditatem, ex qua culpa non debet lucrum reportare. Non conſtituitur verò in tali mora, niſi per interpellationem fideicommiſſarij reſtitutionem petentis, ſiue judicialiter, ſiue extrajudicialiter (qua de re Peregrin. *d. art.* 49. *num.* 86.) idque ſiue fuerit rogatus purè, ſiue ex die, aut ſub conditione. Nam vt ex Guid. Papæ *q.* 497. notat idem Peregrin. *num.* 79. aduentus diei, vel conditionis, licèt operetur euentum, ſeu caſum fideicommiſsi, non tamen operatur moram in hærede, aut in hærede hæredis, & ſic neceſſaria eſt interpellatio.

Aliqui verò ſunt caſus, in quibus hæc 1379 reſolutio non habet locum. In primis enim locum non habet in illis caſibus, in quibus jus dominij, & actiones tranſeunt ipſo jure in fideicommiſſarium abſque alia reſtitutione; vt cùm Barthol. & communi docent Mantica *d. tit.* 10. *num.* 30. *&* 34. Peregrin. *d. art.* 49. *numer.* 89. & Fuſar. *d. q.* 626. *num.* 59. *&* 60. *per l. penult. §. Cum autem, Cod. Ad Trebel.* Ratio patet, nam cùm in hujuſmodi caſibus dominium tranſeat in fideicommiſſarium, vbi cedit dies fideicommiſsi, ſtatim ex tunc ad illum pertinent fructus: cùm hi dominium rei ſequantur, *l. Solum, §. Meum, l. Et ex diuerſo, ff. de Reiuendic.* & ſic non eſt neceſſaria interpellatio, vt hæres teneatur eos reſtituere. Nec refert,

ferti, quòd fideicommiſſarius fuerit negligens in petenda reſtitutione, vt citati DD. aduertunt. Hinc fit, ſi fideicommiſſum ſit relictum Eccleſiæ, vel pio loco, aut pauperibus, alijſuè perſonis ſimiliter priuilegiatis, de quibus *in l. fin. Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* reſtituendos illis eſſe fructus perceptos à tempore, quo ceſsit dies fideicommiſsi; quia vbi talis dies aduenit, tranſit ipſo jure dominium in illas perſonas, & cauſas, vt cum communi DD. tradidimus *ſupra* §. 10. *num.* 1320. Et ita in ſpecie docent Mantica, & Peregrin. *vbi ſupra*, & Molina *d. diſp.* 187. *num.* 18. Alios caſus in quibus dominium tranſit ipſo jure in fideicommiſſarium vniuerſalem, cui proinde fructus ex tunc percepti reſtituendi ſint, licèt hæredem non interpellauerit adduximus *d.* §. 10. *num.* 13.13. *& ſeqq.*

1380 Non habet etiam locum in caſibus vbi mora contrahitur reipſà, vbi dies fideicommiſsi ceſsit, ſeu vbiprimum reſtitutio peti poſſet, licèt fideicommiſſarius fuerit negligens in ea petenda, vt quando fideicommiſſarius eſt minor, vel furioſus, aut perſona ſimiliter priuilegiata. Hujuſmodi enim fideicommiſſarijs debent reſtitui omnes fructus rerum hæreditariarum percepti poſtquam aduenit caſus fideicommiſsi. Ità relatis pluribus Mantica *d. tit.* 10 *num.* 28. Peregrin. *d. art.* 49. *num* 87. Molina *d. diſp.* 187. *numer.* 19. & Fuſar. *d. q.* 626. *num.* 57. argum. *l. In minorum, Cod. In quibus cauſ. in integr. reſtit. non eſt neceſ. & l. Titia Seio, §. Vſuras ff. de Leg.* 2. Addunt vero Mantica, & Peregrin. *cit.* hoc non procedere, quando res ageretur inter æqualiter priuilegiatos, vt inter duos minores, quòd priuilegiatus non gaudeat priuilegio aduerſùs æqualiter priuilegiatum in eadem cauſa. Quod pronuntiatum ſuas patitur limitationes, quas agendo de minorum reſtitutione in noſtro *tract. de Contractibus in genere*, attulimus.

1381 Locum denique non habet prædicta reſolutio principalis, quando caſus fideicommiſsi euenit, abſente fideicommiſſario, cui non poſſet imputari negligentia in non petenda reſtitutione. Quia tunc licèt hæres non fuerit in mora, eoquòd interpellatus non ſit, tamen fideicommiſſarius juſtam excuſationem habet, & ideo non debet priuari fructibus fideicommiſſi ad ſe ſpectantis, quaſi culpâ ſuâ eos amiſerit. Sic cum Barthol. & alijs Mantica *d. tit.* 10. *num.* 27. Fuſar. *d. q.* 626. *num.* 55. & Peregrin. *d. art.* 49. *num.* 84. qui bene cum alijs addit, idem eſſe, quando fideicommiſſarius ex juſta cauſa ignorauiſſet fideicommiſſum ſibi relictum. Quod etiam tradit Fuſar. *ſup. numer.* 53. licèt *numer. ſeq.* alios in contrarium referat.

Adhuc tamen ſupereſt quæſtio circa fructus, qui erant pendentes tempore mortis teſtatoris, & vt ſic reperti ſunt in hæreditate, percepti autem ſunt ab hærede poſt hæreditatem aditam, cùm adhuc non eſſet in mora eam reſtituendi, vt quia percepti ſunt ante caſum fideicommiſsi, vel antequam hæres à fideicommiſſario interpellaretur. Et ratio dubitandi eſt, quia cùm hi fructus reperti fuerint in hæreditate pertinent ad illam, eamque augent, & ſic debent reſtitui ſicut aliæ partes hæreditatis. Econtra verò, quòd non debeant reſtitui, videtur conſtare ex ſupradictis, vbi probatur, quòd fructus percepti poſt aditam hæreditatem, & ante moram reſtituendi, non debentur fideicõmiſſario, regulariter loquendo. Quamobrem non leuis circa hoc eſt controuerſia apud DD. Verùm quia eam latè excuſsi *in tract. de Cenſu, & emphyteuſi,* 2. *p. diſp.* 8. *ſect.* 6. §. 4. *à numer.* 128. non oportet eam hic à nobis repeti, cùm ibi facilè videri poſsit. Alijs ergo omiſsis, breuiter, & reſolutiuè ad quæſtionem ex ibi dictis reſpondeo, fructus pendentes tempore mortis teſtatoris, qui fuerunt percepti poſt aditam hæreditatem, antequam hæres teneretur eam reſtituere, debere reſtitui fideicommiſſario, non quidem reipſà, vt percepti ſunt, ſed ſolùm eorum pendentium æſtimationem, vt declarat Peregrin. *d. art.* 49 *num.* 16. idque juxta valorem quem habebant, quando 1382

adita

adita fuit hæreditas, licèt Peregrinus ſolùm dixerit reſtituendos eſſe juxta valorem, quem habebant tempore mortis teſtatoris. Ducor, quia ſi dicti fructus tempore mortis teſtatoris æſtimabantur, v c. centum aureis, & tempore aditæ hæreditatis jam aſcenderant ad valorem 150. eoquod interim magnum incrementum acceperant, & certior erat eorum colligendorum ſpes, ſanè tale incrementum ipſi hæreditati accreuit, illamque auxit, ac proinde factum eſt hereditarium, & obnoxium reſtitutioni. Ex quo fundamento ſimpliciter dicendum puto, ſi fructus ſint pendentes quo tempore hæres adit hæreditatem, debere ſolui fideicommiſſario eorum æſtimationem, juxta valorem, quem tunc habebant, ſiue jam eſſent pendentes tempore mortis teſtatoris, ſiue poſtea jacente hæreditate nati fuiſſent; ſiquidem etiam in hoc ſecundo caſu hæreditati accreſcunt, & cum ea veniunt reſtituendi.

1383 Hæc reſolutio procedit inoffenſo pede, quando fideicommiſſum fuit relictum purè. Si autem relictùm ſit conditionaliter, vel in diem, ait Peregrin. *ſub d. numer.* 16. *verſ. Contra autem,* fortè dici poſſe, non teneri hæredem reſtituere dictos fructus pendentes, ſeu eorum æſtimationem, ſubditque nunquam ſe vidiſſe hujuſmodi fructus reſtitui in fideicommiſſis conditionalibus. Atque hanc eamdem ſententiam, non ſubdubitando, ſed conſtanter tenet Fuſar. *d. q.* 626. *num.* 7. addens, ſe ita ſemper vidiſſe practicari: & idem reipſà vult Mantica *d. tit.* 10. *ſub num.* 14. vbi tradens, non teneri hæredem reſtituere fructus pendentes tempore mortis teſtatoris poſt aditam hæreditatem perceptos, expreſsè profitetur, ſe loqui de fideicommiſſo in diem, vel ſub conditione relicto. Et hæc opinio mihi etiam probatur ea ratione: quia eo ipſo quòd teſtator relinquit fideicommiſſum in diem, vel ſub conditione, mens ejus videtur eſſe, vt interim dum dies, vel conditio non aduenit, omnes fructus qui poſt aditionem percepti fuerint, pertineant omnino ad hæredem, etiamſi ſint pendentes tempore mortis ipſius teſtatoris; quod ſatis probatur ex *d. l. Mulier, §. Si hæres, in fine, ff. Ad Trebel.* vbi indefinitè dicitur, fructus, quos hæres medio illo tempore perceperit, videri perceptos judicio teſtatoris; quod videtur intelligendum, ſiue fuiſſent pendentes tempore mortis teſtatoris, vel aditæ hæreditatis, ſiue non, cùm lex illa non diſtinguat.

Accedit quòd aduenìente caſu talis fideicommiſsi, cedunt fideicommiſſario bona cum omnibus fructibus tunc temporis pendentibus, vt aduertit idem Peregrin. *d. num.* 16. *in fine, & infra num.* 91. & 93. & relatis alijs Fuſar. *d. q.* 626. *num.* 67. per quod ſufficienter ei compenſatur æſtimatio fructuum pendentium tempore mortis teſtatoris, & aditæ hæreditatis, qui poſtea ab herede ante caſum fideicommiſsi percepti ſunt. Aduerte autem quanuis fructus pendentes tempore caſus fideicommiſsi cedant fideicommiſſario, detrahi tamen per hæredem impenſas, quas fecit gratiâ ipſorum fructuum quęrendorum, vt notat idem Peregrin. *per l. Si à domino, §. fin. & ll. ſeqq. ff. de Petit. hæredit. & l. Fundus qui, ff. Famil. erciſc.* Quaſdam alias notationes minoris momenti circa hos fructus vide apud Peregrin. & Fuſar. *loc. cit.* 1384

§. 14. *Quouſque mobilia reperta in hæreditate teſtatoris reſtitui debeant fideicommiſſario vniuerſali?*

SVMMARIVM.

VNiuerſim loquendo, tenetur hæres grauatus fideicommiſſo vniuerſali reſtituere fideicommiſſario, non ſolùm bona immobilia, ſed etiam mobilia reperta in hæreditate defuncti. Et diſtinguuntur varia genera bonorum mobilium, num. 1385.

Cujuſcumque generis ſint mobilia reperta in hæreditate defuncti, ſi extent tempore

pore reſtitutionis fideicommiſsi, debent reſtitui fideicommiſſario, vel imputari in detractiones, quas hæres poteſt facere; num. 1386.

Si mobilia reperta in hæreditate defuncti pereant abſque culpa hæredis grauati, non tenetur hæres reſtituere fideicommiſſario eorum æſtimationem, neque imputare ea in detractiones. Et quæ culpa ſufficiat, vt excuſari nõ poſsit à reſtitutione? num. 1387.

Mobilia quæ ſeruando ſeruari poſſunt veniunt in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis; num. 1388.

Hæres grauatus non tenetur præſtare periculum mancipiorum, animalium, & vtenſilium domûs, ſi abſque ejus culpa ante diem cedentem fideicommiſsi in ejus ſeruitio pereant, vel deteriora reddantur; num. 1389. & ſeq. Proponitur, & excluditur opinio contraria; numer. 1391. & ſeq.

Augmenta, & diminutiones hæreditatis ex fideicommiſſo vniuerſali reſtituendæ cedunt lucro, aut damno fideicommiſſarij; non verò hæredis grauati. Augmenta verò, & diminutiones hæreditatis apud hæredem Falcidium, non ad legatarios, vel fideicommiſſarios particulares, ſed ad ipſum hæredem ſpectant; num. 1362.

Vſus mancipiorum, animalium, & vtenſilium, eſt tanquam fructus talium rerum, qui ab hærede grauato fideicommiſſo vniuerſali percipitur judicio teſtatoris, & minuit Trebellianicam; numer. 1393.

Qua ratione hæres grauatus fideicommiſſo vniuerſali teneatur pro fructibus prædiorum, & alijs rebus repertis in hæreditate, quæ ſeruando ſeruari non poſſunt? num. 1394. & ſeqq.

Pecunia, & merces in hæreditate defuncti repertæ, qua ratione veniant in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis? Et ſi merces tempore reſtitutionis ſint diſtractæ, quomodo pro illis ſatisfaciendum eſt fideicommiſſario? 1397.

CErtum eſt, vniuerſim loquendo, 1385
hæredem grauatum fideicommiſſo vniuerſali teneri reſtituere fideicommiſſario non tantùm bona ſtabilia, ſed etiam mobilia in hæreditate defuncti reperta, vt ſatis ex ſupradictis conſtat, & tenent omnes. Qualis verò ſit, & quouſque hæc obligatio extendatur? Nonnihil habet difficultatis, propter varietatem, & diuerſam naturam bonorum mobilium, quæ in præſentem quæſtionem veniunt. Ergo vt facilè rem hanc expediamus, notandum ante omnia eſt, bona mobilia, quantum ad præſens inſtitutum, in triplici eſſe differentia. Quædam enim ſunt vſu conſumptibilia, quæ ſeruando ſeruari non poſſunt, vt fructus qui ex prędijs naſcuntur, & tempore mortis teſtatoris erant percepti, ſcilicet triticum, hordeum, legumina, vinum, oleum, poma, & cætera hujuſmodi, quæ in horreis, vaſis, & alijs reconditorijs teſtatoris erant repoſita. Ad quod genus ſpectant etiam pecuniæ, & mercimonialia; cùm pecuniæ vſu conſumantur, & ſecundùm ſuam naturam videantur eſſe de ijs, quæ ſeruando ſeruari nequeunt, ad not. *in l. 1. §. Fuit quæſitum, ff. Ad Trebel.* idemque eſt de mercimonialibus, quæ etiam ſuâpte naturâ non conſeruantur diu, nec habentur niſi vt breui diſtrahantur. Aliud genus eſt eorum, quæ licèt vſu conſumptibilia non ſint, naturaliter tamen pereunt, & ipſo vſu atteruntur, & deteriorantur: hujuſmodi ſunt ſerui, equi, boues, jumenta, & alia animalia, item domus vtenſilia, vt dolia, vaſa teſtea, & ſimilia. Tertium denique genus eſt eorum, quæ ſeruando ſeruari poſſunt, vt vaſa aurea, vel argentea, margaritæ, vniones, & ſimilia.

His poſitis reſpondendo ad quæſtio- 1389
nem propoſitam, ſit prima concluſio. Cujuſcumque generis ſint mobilia, quæ in hæreditate reperta ſunt, ſi extent tempore reſtitutionis debent reſtitui fideicommiſſario, vel imputari in detractiones, quas hæres poteſt facere,

Si vt

vt in Trebellianicam, vel legitimam, &c. In hac conclusione conueniunt omnes, & patet, quia cùm talia bona reperta ſint in hæreditate quæ reſtitui juſſa eſt, & ſint partes illius, non eſt cur non debeant reſtitui, vel imputari in detractiones, ſicut aliæ partes ejuſdem hæreditatis.

Secunda concluſio: ſi mobilia reperta
1387 in hæreditate defuncti pereant abſque culpa hæredis, vt quia vi, aut furto ſublata ſunt, vel incendio, aut alio caſu, qui hæredis negligentiæ tribui non poſsit, non tenetur hæres reſtituere eorum æſtimationem, caue imputare in detractiones, cujuſcumque generis illa eſſent. Hæc etiam apud omnes eſt certa, per *l. Mulier, §. Sed enim, ff. Ad Trebel.* vbi habetur, ſi ſerui, & aliæ res hæreditariæ perierint, non teneri de illis hæredem fideicommiſſo grauatum, niſi dolo ejus, vel latâ culpâ perijſſent. Hic autem textus procedit, niſi fideicommiſſum ita ſit ordinatum, vt etiam hæres grauatus vtilitatem percipiat, veluti quando eſt conditionale. Tunc enim etiam de leui culpa tenetur hæres pro rebus peremptis, vel deterioratis. Sic Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 10. *num.* 28, poſt Barth. communiter receptum *in l. Cum res, §. Culpa, num.* 9. *ff. de Leg.* 1. *& in d. l. Mulier, §. Sed enim*, vbi latè Alex. pluresque alios, quos refert, idemque tradit Menoch. *de Arbitr. jud. ſent. caſu* 49. *num.* 3. Vtrum autem ſufficiat conceſſum eſſe hæredi, quòd poſſit detrahere quartam Trebellianicam, ad hoc vt cenſeatur tractatum eſſe de illius commodo, licèt fideicommiſſum ſit purè relictum? Quidam affirmant, alij negant, vtrique probabiliter, vt apud Peregrin. *loco citat.* videri poteſt.

Tertia concluſio: mobilia quæ ſer-
1388 uando ſeruari poſſunt, reſtituenda ſunt fideicommiſſario, ſi in hæreditate reperta ſunt. Hanc à nemine negari affirmat Peregrin. *dict. articul.* 10. *numer.* 43. & patet, quia cùm ejuſmodi bona ſint corpora quædam hæreditaria ſuâpte naturâ permanentia, nulla eſt ratio cur non debeant conſeruari, & reſtitui debito tempore fideicommiſſario, ſicut reliqua bona, quæ ex fideicommiſſo reſtituenda ſunt.

Quarta concluſio: mobilia quæ natu- 1389
raliter intereunt, & vſu ipſo atteruntur, vt animalia, mancipia, domus vtenſilia, & ſi qua ſunt alia ejuſmodi, ſi ex conditione ſuæ naturæ, vel in ſeruitio hæredis abſque ejus culpa, ante diem cedentem fideicommiſſo, intereant, aut deteriora fiant, non tenetur hæres præſtare eorum periculum, ſed totum damnum eſt fideicommiſſarij; ac ſolùm quæ tempore reſtitutionis reperta fuerint, & prout tunc extabunt, ei debent reſtitui. Ita Decian. *conſil.* 49. *lib.* 2. *& conſil.* 44. *lib.* 3. & cum multis alijs Peregrin. *dict. articul.* 10. *numer.* 39. vbi affirmat, ita ſæpiſsimè ſe judicatum vidiſſe. Item cum alijs Fuſar. *de Subſtitution. quæſt.* 624. *numer.* 6. *juncto numer.* 24. Probatur per text. *in l. Deducta, §. Ante diem, ff. Ad Trebel.* vbi habetur, quòd hæres grauatus reſtituere hæreditatem poſt mortem ſuam, non tenetur diſtrahere res hæreditarias, & ex pretio fœnerare, & percipere vſuras, ſed quòd poteſt eis vti dum viuit; & ſi interim pereant mancipia, aut vrbana prædia, quòd non tenetur præſtare eorum periculum. Conſonat text. *in dict. l. Mulier, §. Sed enim, ff. eod.* quatenus abſolutè ſtatuit, ſi ſerui hæreditarij deceſſerint, vel aliæ res pereant, non teneri hæredem grauatum fideicommiſſo vniuerſali præſtare eorum periculum, ſi abſque ſua culpa perierunt.

Accedit præterea ratio, quia cùm 1390
teſtator grauauit hæredem fideicommiſſo, cujus dies non cederet ſtatim poſt mortem ipſius teſtatoris, ſed poſt aliud tempus ſequens, vt poſt mortem ipſius hæredis grauati, vel poſt euentum alicujus conditionis, aut diei (in quibus terminis tradita concluſio procedit) hoc ipſo cenſetur permiſiſſe, vt interim, dum dies fideicommiſsi non cederet, poſſet hæres vti ſeruis, ani-

ma-

malibus, & alijs rebus hæreditarijs, & ita ſi in modo vtendi non interuenit dolus, aut culpa hęredis, ex qua tales res perierint, non tenetur hæres tale periculum præſtare, ſed totum damnum erit fideicommiſſarij Primò, quia ſi ipſæ res eodem medio tempore augmentum acceperint, vt quia vitulus factus eſſet bos, ſeruus puer factus eſſet vir, &c. tale augmentum cederet fideicommiſſario. Ergo ad eundem etiam pertinere debet decrementum, & periculum: rectè namque arguitur, vt ad quem augmentum pertinet, eidem diminutio incumbat, vt in hac ipſa materia Juriſconſultus arguit in *l.* 1. *in princip. ff. Ad Trebel. & in l. Scribit Celſus, ff. eodem, & in l. In ratione, in princip. ff. Ad leg. Falcid.* & alijs relatis à Peregrino *dict. articul.* 10. *numer.* 29. Secundò, quia illæ res cùm ſint corpora hæreditaria, debentur fideicommiſſario vniuerſali, cui reſtitutio facienda eſt: peremptio autem cujuſque rei incumbit ei, cui res debetur, *l. Cum ita, §. Species, ff. de Legat.* 2. *l. Si ex legati cauſa, ff. de Verb. obligat.*

1391 Non defuerunt tamen qui exiſtimarent prędictarum rerum peremptiones, & deteriorationes cedere damno hæredis; tenerique hunc eas ſibi imputare in detractiones, vel eorum æſtimationem fideicommiſſario reſtituere. Ita enim ſenſiſſe permultos aſſerit Peregrin. *dict. articul.* 10. *numer.* 35. vbi pro hac opinione refert Petrum Anchar. Pariſ. Socin. jun. Alciat. Crauet. & alios. Pręcipuum eorum fundamentum videtur ſumi *ex l. In ratione, in princip. ff. Ad leg. Falcidiam, & ſimilibus*; vbi habetur, quòd quando hæres eſt, Falcidius, (ideſt grauatus legatis, & fideicommiſſis particularibus, ex quibus ei competit detractio Falcidiæ) mortes ſeruorum, cæterorumque animalium, & aliæ peremptiones, vel deteriorationes rerum hæreditariarum, cedunt damno hæredis, non verò legatarij, aut fideicommiſſarij; & conſequenter imputari ei debent in detractionem Falcidiæ. Quod pari ratione videtur procedere in hærede Trebellianico (ideſt grauato reſtituere hæreditatem, detractâ Trebellianeâ) de quo hîc loquimur. Nam propterea ita ſe res habet in hærede Falcidio, quia reſpectu Falcidiæ detrahendæ calculatur hæreditas prout reperitur tempore mortis teſtatoris: vnde ſiue poſtea minuatur, ſiue augeatur hæreditas, non propterea plus vel minus præſtandum eſt legatarijs. Atqui etiam in hærede Trebellianico quantitas hæreditatis conſideratur prout erat tempore mortis teſtatoris, ad quod aditio refertur, ac juris fictione trahitur, *l. Hæres quandocumque, ff. de Acquir. hæredit.* & ex tunc contrahitur obligatio hæreditatem reſtituendi, vt per *l. Ex maleficijs, §. Hæres, ff. de Action. & obligation.* ergo etiam reſpectu hæredis Trebellianici ſequens hæreditatis diminutio, vel augmentum pertinet ad ipſum hæredem, & conſequenter peremptiones, & deteriorationes prædictorum mobilium ei ſunt imputandæ in detractiones.

Hoc tamen fundamentum eſt valde 1392
debile, & ſolùm ad ſpeciem: non enim valet in præſenti argumentum ab hærede Falcidio ad Trebellianicum. Et ratio diuerſitatis eſt; quia fideicommiſſarius reſpectu hæredis Trebellianici eſt creditor vniuerſitatis, quæ ex ſua natura recipit augmentum, & diminutionem, *l. Item veniunt, §. Item non ſolum, ff. de Petit. hæredit.* & ideo licèt obligatio reſtituendi hæreditatem fideicommiſſario cenſeatur contracta tempore mortis teſtatoris, ad quod aditio refertur; attamen tam augmenta, quàm diminutiones ipſius hæreditatis poſtea contingentes abſque culpa, & ante moram hæredis, pertinent ad ipſum fideicommiſſarium: at verò legatarij & fideicommiſſarij reſpectu hæredis Falcidij ſunt creditores particulares, quibus hæres ſatisfacit, reſtituendo eis res particulares, & retinendo vniuerſalitatem hæreditatis; cujus proinde

diminutio, vel augmentum ad ipſum hæredem ſpectat, non verò ad legatarios, vel fideicommiſſarios. Et ideo peremptio, & deterioratio rerum prædictarũ contingens apud Falcidium hæredem abſque culpa legatariorum nocet ipſi hæredi, non autem legatarijs: quod intellige, niſi ipſæ res peremptæ, aut deterioratæ eis ſint ſpecialiter legatæ: nam tunc earum peremptio abſque hæredis culpa eis nocet, & non hæredi, vt expreſsè habetur *in d. l. In ratione, § Diligenter, ff. Ad leg. Falcid.* & eſt ratio, quia peremptio rei alicui debitæ cedit damno ejus, cui debetur. Quæ ratio noſtram etiam concluſionem confirmat, vt vidimus *numer.* 1390. *fine.*

1393 Cæterùm licèt grauatus non teneatur præſtare periculum ſeruorum, animalium, & aliorum mobilium abſque ejus culpa peremptorum, & conſequenter neque imputare eorum ęſtimationem in detractiones, vt dictum eſt; attamen cùm eorum vſus, dum penes ipſum extiterunt, eique inſeruierunt, ſit pretio æſtimabile, & quidem veluti fructus ex illis rebus judicio teſtatoris perceptus, minuit Trebellianicam, ſeu in ejus detractionem imputatur: nam fructus, quos hæres grauatus fideicommiſſo vniuerſali percipit ex rebus hęreditarijs, judicio teſtatoris, licèt nòn veniant reſtituendi, tamen in Trebellianicam imputantur, *d. l. Mulier, §. Si hæres, in 2. caſu, ff. Ad Trebel.* eſtque notiſsimum & ita in ſpecie docet Gloſ. *in l. Deducta, §. Ante diem, verb. Eorum* per ipſum text. *ibi, ff. Ad Trebel.* vbi etiam per eundem text. notat, ſi dictæ res pereant poſt caſum fideicommiſsi, exiſtente hęrede in mora reſtituendi, teneri hæredem reſtituere eorum æſtimationem, vel imputare illam in Trebellianicam, & reſtituere quod ſuperfuerit. Notat ſimiliter Fuſar. *dict. quæſtion.* 624. *numer.* 24. ſi grauatus prædicta mobilia vendiderit, teneri reſtituere pretium, vel in detractiones imputare. Quod magis ex infra dicendis patebit.

1394 Maior difficultas eſt circa mobilia, quæ vſu conſumuntur, vt triticum, vinum, & ſimiles fructus, qui in hæreditate defuncti reperti fuerint. Sunt enim qui putent, hæredem grauatum non teneri pro hujuſmodi fructibus vltra triennium, id eſt, ſi dies fideicommiſsi non cedat, niſi poſt triennium à morte teſtatoris, non teneri grauatum reſtituere ipſos fructus, neque eorum æſtimationem; quia tales fructus regulariter non durant vltra triennium, ſed intra illud naturaliter pereunt, aut perire præſumuntur, Gloſ. *in l. vnica, Cod. Si aduerſus vſucap.* Ita ſentiunt Lanfranc. Pariſ. & alij apud Peregrin. *dict. articul.* 10. *numer.* 32. Pro qua opinione adduci poteſt ea ratio, nam teſtator, qui hęredem grauauit vt poſt mortem ſuam, vel poſt aliquot annos, hęreditatem reſtitueret, fecit illum dominum talium bonorum, & intelligitur ei conceſsiſſe, vt poſsit illis vti, ſicut alijs rebus in hæreditate relictis; ita vt cenſeatur illi conceſsiſſe, non ſimplicem vſum, & vſumfructum formalem ſeparatum à cauſa dominij, ſed cauſalem, qualem habet dominus ſuarum rerum. Ergo cùm vſus prædictorum mobilium ſit eorum cònſumptio, planè ſi hæres bona fide illos conſumat, quando jam vlteriùs conſeruari non poſſunt, id facit ex voluntate teſtatoris, & conſequenter videtur non teneri reſtituere eorum æſtimationem, ſicut de ſeruis, & animalibus in ſeruitio hæredis abſque ejus culpa demortuis, ſupra dictum eſt.

Quinta nihilominus concluſio pro 1395
his bonis ſit. Licèt grauatus fideicommiſſo vniuerſali non teneatur vltra triennium reſtituere fructus repertos in hæreditate tempore mortis teſtatoris, qui ſeruando ſeruari non poterant, attamen tenetur reſtituere eorum æſtimationem, niſi abſque ejus culpa perijſſent: erit autem culpa, ſi tempore perituros opportunè ad commodum fideicommiſſarij non diſtraxit. Priorem partem, quod ſcilicet poſt triennium teneatur hæres reſtituere æſtimationem hujuſmodi fructuum, tradit Mantica *lib. 7. de Conjectur. vltim. voluntat. titul.* 10. *numer.* 5. poſt

Galiaul.

Galiaul. quem refert, & intelligit procul-dubio cum limitatione adhibita, niſi abſque ejus culpa perijſſent vt per ſupradicta *in 2. concluſione.* Aliam partem hîc præcipuè intentam, quòd ſcilicet culpa ſit hæredis, ſi fructus tempore perituros non diſtrahat ad commodum fideicommiſſarij, tradit Gloſ. communiter recepta *in l. Marcellus, §. Res quæ, ff. Ad Trebel.* Menoch *de Arbitr. jud. ſent. caſu,* 49. *num.* 5. & Peregrin. *d. art.* 10. *num.* 34 qui alios refert. Probatur per text *in dict. l. Mulier, §. Sed enim, ff. Ad Trebel.* vbi habetur, hæredem teneri fideicommiſſario vniuerſali, ſi cùm diſtrahere deberet, non fecit: res autem quas diſtrahere debet, ſunt quæ regulariter vltra triennium ſeruari non poſſunt, vt fructus, veſtimenta. & ſimilia, vt declarat Menoch. *citat.* Facit text. *in l. Conſtitutionem, & l. Lex quæ, Cod. Adminiſtratione tutor.* vbi dicitur tutorem eſſe in culpa, ſi res pupilli tempore perituras non diſtraxerit.

1396 Nec obſtat ratio in contrarium adducta: reſpondetur enim, licèt teſtator faciat hæredem dominum rerum hæreditariarum, tamen cùm eum grauauit fideicommiſſo vniuerſali, hoc ipſo eum obligaſſe, vt eas ſi ſeruando ſeruari poſſent, fideicommiſſario conſeruaret; ſi autem ſeruari non poſſent, eas diſtraheret, aut in ſuos vſus conuerteret, eum obligatione reſtituendi pretium, vel æſtimationem fideicommiſſario; nam cùm ſimpliciter & abſolutè voluerit, vt eas reſtitueret, intelligi debet, voluiſſe vt vel ipſas res in ſpecie, vel earum æſtimationem, quando conſeruari non poſſent, fideicommiſſario redderet: ſic tamen vt earum periculum præſtare non teneretur, ſi abſque culpa ſua interirent, vt ex dictis conſtat.

1397 Atque idem cum proportione dicendum eſt de pecunia, & mercibus in hæreditate teſtatoris repertis, vt latiùs declarat Peregrin. *vbi ſupra,* & cum multis alijs Fuſar. *dict. quæſtion.* 624. *numer.* 13. *& ſequentib.* vbi *ſub numer.* 21. *verſ. Et in reſtitutione,* aduertit, quòd in reſtitutione pro mercibus diſtractis attenditur valor tempore mortis teſtatoris, non grauati, juxta Rotam Romanam, & Farinac. quos refert. Hoc autem intelligo, quando non conſtat, quo pretio res fuerint diſtractæ ab hærede: nam ſi de eo conſtet, illud ipſum reſtitui debet, quo diſtractę ſunt, quia pretium rei hæreditariæ ſuccedet loco ipſius rei, *l. Sed & ſi lege, §. 1. ff. de Petit. hæredit.* vbi ſuppono, res non fuiſſe diſtractas minori pretio, quàm valerent: nam ſi minoris juſto venditæ ſunt, tenebitur grauatus, vel ejus hæres de juſto pretio: Oldradus *conſil.* 107. *dub.* 3. Ripa *in l. In quantam, numer.* 102. *ff. Ad leg. Falcid.* Peregr. *d. art.* 10. *num,* 30. Fuſar. *d. quæſtion.* 624. *numer.* 3. & alij.

§. 15. *Vtrum prælegata veniant in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis?*

SVMMARIVM.

Prælegata veniunt in reſtitutione fideicommiſſi, quando apparet teſtatorem id voluiſſe, ſecus ſi appa-ret de contraria voluntate. Et ex quibus verbis talis voluntas deprehendatur? num. 1398.

In dubio an teſtator voluerit, prælegata contineri in fideicommiſſo, capienda eſt interpretatio fauore hæredis, vt tali onere non grauetur, num. 1399.

Vtrum prælegata contineantur in fideicommiſſo, quando vnus tantùm eſt hæres inſtitutus, & teſtator illum ſimpliciter grauauit fideicommiſſo vniuerſali? Affirmant aliqui, numer. 1400. *alij verò rectiùs negant, num.*1401.

Quando ſunt plures inſtituti, & aliquis eorum grauatus eſt reſtituere portionem hæreditariam, tunc ſi prælegatum tali hæredi eſt factum poſt ſubſtitutionem, non venit in reſtitutionem. Si autem factum eſt ante ſubſtitutionem, quidam putant eſſe reſtituendũ, n. 1403.

Contraria tamen ſententia eſt communis, & verior, num. 1404. *Intelligitur autem de prælegato, quoad partes quas hæres grauatus habuit ex portionibus cohæredum, non verò quoad partem reſpondentem ſuæ portioni; num.* 1405.

Prædicta communis ſententia non procedit, quando ſubſtitutio eſſet facta per verba prægnantia, vt, Reſtituat omnem hæreditatem, *vel,* omnia bona, &c. *num.* 1406.

Non procedit etiam, quando tota ferè hæreditas eſſet diſtributa in prælegata inter hæredes æqualiter inſtitutos; numer. 1047. *Neque quando prælegatum abſorberet maiorem partem hæreditatis, ita quod fideicommiſſum eſſet parui momenti, ſi prælegatum non comprehenderet; num.* 1408.

Item non procedit quando extraneus eſſet grauatus reſtituere hæreditatem filio teſtatoris; num 1409.

Neque etiam procedit quando teſtator juſſit reſtitui quæ in hæreditate remanerent; num. 1410.

Non procedit quoque, quando teſtator juſſit reſtitui bona, & hæreditatem; numer. 1411.

Quando teſtator priùs fecit prælegatum vni ex hæredibus, deinde eũ inſtituit, & grauauit ſimpliciter reſtituere; non faciendo mentionem hæreditatis in ipſa ſubſtitutione, reſtituendum etiam eſt prælegatum ex communi ſententia; num. 1412.

Ampliatur primò hæc ſententia, vt procedat quamuis inter prælegata, & inſtitutionem, ac ſubſtitutionem ſequentem multa ſint interjecta; num. 1413.

Ampliatur ſecundò, licèt ſubſtitutio non ſit merè Fideicommiſſaria, ſed Compendioſa continens Vulgarem, & Fideicommiſſariam. Rejicitur tamen hæc ampliatio; num. 1414.

Ampliatur tertiò, licèt grauatus ſit filius teſtatoris, ſi modò ſit grauatus reſtituere alijs filijs: ſecus ſi grauatus ſit reſtituere extraneo; num. 1415.

Ampliatur quartò, licèt in inſtitutione grauati poſt prælegatum factâ dictum ſit; In alijs autem bonis, *vel,* in cæteris bonis inſtituo. *Contrarium tamen magis probatur; num.* 1416.

Limitatur multipliciter prædicta ſententia principalis; num. 1417.

Quando inſtitutio, & fideicommiſſum præceſſit prælegatum grauato factum non venit prælegatum in reſtitutione fideicommiſſi; num. 1418.

Prædicta ſententia ampliatur tripliciter; num. 1419.

Tribus etiam modis eadem ſententia limitatur; num. 1420.

Vtrum prælegatum veniat in reſtitutione fideicommiſſi, quando ordine ſcripturæ ſequitur poſt inſtitutionem, ordine verò intellectûs præcedit? num. 1421.

Quid, quando non conſtat, quo ordine, aut loco fuerit factum prælegatum, vt ſi non appareat ſcriptura teſtamenti, & teſtes non recordentur? num 1422.

IN hac quæſtione, illud ante omnia certum, & citra controuerſiam eſt: quoties ex verbis teſtatoris, vel aliunde, apparet illum voluiſſe, vt etiam prælegata continerentur in fideicommiſſo, tali voluntati ſtandum eſſe, eaque reſtitui debere, aut in detractiones imputari; cùm totum fideicommiſſi grauamen à teſtatoris voluntate pendeat, vt eſt notiſsimum. Quare ſi teſtator dixiſſet, quod, *hæres reſtituet quidquid ad eum peruenerit ex teſtamento,* non dubium quin etiam prælegata tali hæredi relicta venirent reſtituenda, vt tenent communiter DD. quos latè refert Fuſar. *de Subſtitut. q.* 650. *numer.* 71. & eſt textus penè expreſſus *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* Unde etiam econtra certum eſt, quòd prælegata non veniunt reſtituenda, quando ſufficienter conſtat, teſtatorem noluiſſe, vt ea in fideicommiſſo continerentur vt, ſi dixiſſet; *quòd hæres poſſet liberè diſponere de re prælegata:* vel, *quòd pleno jure, aut ſine diminutione prælegatum haberet;* vel, *quòd ei fideicommittit, ſaluis ſemper prælegatis; quod reſtituet reſiduum à prælegatis.* Quæ omnia exempla ex multis DD. affert, & approbat Fuſar. *dict. quæſt.* 1398

quæſt. 650. *num.* 45. *& ſeqq.* vbi *numer.* 49. addit; idem dicendum, quando teſtator eâdem oratione fecit plura prælegata, & ſolùm vltimo adiecit prædicta verba, *Libere, pleno iure*, &c. quòd talia verba referri debeant ad omnia prælegata præcedentia eâdem oratione ſub vno communi verbo comprehenſa.

1399 Satis etiam eſt certum & conſtans, quòd in dubio, an teſtator voluerit, prælegata contineri in fideicommiſſo, capienda eſt interpretatio fauore hæredis, vt tali onere non grauetur. Ita ex multis Socin. jun. *conſil* 167. *num.* 39 *&* 151. *lib.* 3. Coraſ. *in Repetit. l. Cum virum, numer.* 20. *Cod. de Fideicommiſſ.* Marc. Anton. Eugen. *conſil.* 88. *num.* 23. Peregr. *de Fideicommiſſ art.* 7. *num.* 22. & Fuſar. *d. q.* 650. *num.* 131. quia jus hæredis conſiſtit in negatiua; vnde fideicommiſſario incumbit probare etiam prælegata ſibi deberi, ad hoc vt hæres cogatur ea reſtituere. Ac præterea, quia in dubio ſumi debet interpretatio, per quam hæres minùs grauetur, *l. Titia cum teſtamento, §. Qui in vita, ff. de Leg.* 2. Mantica ex multis textibus id comprobans *lib.* 9. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 1. *num.* 9.

Multi autem ſunt caſus in quibus præſens quæſtio non ſine controuerſiis, & opinionum varietate à DD. agitatur; Præcipuos hîc proponam, & quambreuiſsimè expediam.

1400 Primus caſus eſt, quando vnus tantùm eſt hæres inſtitutus, & teſtator illum ſimpliciter grauauit fideicommiſſo vniuerſali. In hoc caſu receptiſsima ſententia eſt, in tali fideicommiſſo contineri etiam prælegata, maximè ſi poſt illa facta teſtator deuenit ad inſtitutionem, & ſubſtitutionem, vt communiter fieri ſolet. Ita in ſpecie docent Bald. Zanch. Riminald. jun. Menoch. & Intrigl. apud Fuſar. *d. q.* 650. *num.* 4. & ratio eſt, quia in tali caſu hæres capit prælegata titulo inſtitutionis, non titulo legati, aut prælegati, cùm ab hærede non poſsit ipſimet legari, *l. Legatum eſt, §. Hæredi, l. Planè, §. Si duobus, & l. Quidam eorum, ff. de Leg.* 1. *& l. A Titio, §.* 1. *ff. de Leg.* 2. quæ autem capiuntur jure inſtitutionis continentur in fideicommiſſo vniuerſali *l.* 1. *§. Id quod natura, ff. Ad leg. Falcid. & l. In fideicommiſſariam, in fine, ff. Ad Trebel.*

Nihilominus contrariam ſententiam 1401 rectiùs probat Peregrin. *de Fideicommiſ. art.* 7. *num.* 16. *& ſeqq.* vbi *num.* 20. pro ea refert Bald. Fulgoſ. Pariſ. Boer. & Honded. ſequitur Fuſar. *d. q.* 650. *num.* 5. *& ſeqq.* qui pro eadem allegat etiam Surd. Socin. jun. & Oddonem. Præcipuum fundamentum, omiſsis alijs, eſt; quia alioqui fruſtrancè, & inutiliter facta eſſent talia prælegata; ſiquidem nihil ratione illorum magis hæres conſequeretur, quàm ſi facta non eſſent: verba autem teſtatoris, & in qualibet diſpoſitione, ſemper debent intelligi, vt aliquid operentur, vel operari poſsit, *l. Si quando*, vbi Barthol. & alij *ff. de Leg.* 1. & interpretatio ſemper eſt capienda pro valore actus, *l. Quoties, ff. de Reb. dub. & l Quoties in ſtipulationibus, ff. de Verbor. obligat.*

Ad rationem in contrarium reſpondetur, quod de jure dicitur, non poſſe ab hærede ipſimet legari, intelligi excepto caſu, quo hæres grauatur onere reſtitutionis; quia licèt nec tunc poſsit eſſe debitor legati reſpectu ſui ipſius, cùm in eadem perſona reſpectu ſumet repugnet creditum, & debitum, actio, & paſsio *l. Vranius, ff. de Fidejuſſor.* tamen poteſt legatum ſibi deducere, & retinere, reſtituta reliqua hæreditate ex voluntate teſtatoris, quando intelligitur eum voluiſſe, quòd hæres non teneretur reſtituere legatum, ſeu prælegatum, vt in præſenti caſu. 1402

Secundus caſus eſt, quando ſunt plures inſtituti, & aliquis eorum grauatus 1403 eſt reſtituere hæreditatem, ſeu portionem hæreditariam. In hoc caſu, ſi prælegatum tali hæredi factum ſit poſt ſubſtitutionem, conueniunt DD. non contineri ipſum prælegatum in fideicommiſſo, cùm ex ipſo ordine verborum & diſpoſitionum ſatis appareat teſtatorem voluiſſe, vt hæres ſibi retineret prælegatũ: Mantica

tica *de Conjectur. vlt. vol. lib. 7. tit. 7. num. 2.* Peregrin. *d. art. 7. num. 63. fine,* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 194. fine,* & Fuſar. *d. q. 650. ſub numer. 111.* & cæteri communiter. Si autem prælegatum ſubſtitutionem præcedat; ſentiunt non pauci, contineri in fideicommiſſo, eſſeque reſtituendum. Sic Angel. *in l. Cum virum, verſ. Sed reſtat, C. de Fideicommiſſ.* Imola *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, not. vltim.* & ibi Alciat. *num. 7.* & Torniel. *num. 39 ff. Ad Trebel.* Comenſis *in l. Marcellus, §. Quidam liberis, ff. eod.* & alij.

1404 Contrarium nihilominus ſententiam tuentur meritò Ripa *in l. In Fideicommiſſariam, §. vltim. num. 2. ff. Ad Trebel.* Socin. ſen. *in l. Marcellus, §. Quidam liberis, col. 2. verſ. Secundo principaliter,* & ibi Ruin. *num. 9. ff. eod.* idem Socin. *conſil. 102. num. 9. lib. 3. & conſil. 31. num. 4. lib. 4.* Paul. Caſtr. *in l. Cum virum,* & ibi Coraſ. *num. 21.* & Padil. *num. 5. Cod de Fideicommiſſ.* Oldrad. *conſil. 107. dub. 2.* Zanch. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, p. 5. numer. 132.* & plures alij quos nominatim referunt, & ſequuntur Mantica *ſub d. num. 2.* Menoch. *d. præſumpt. 194. num. 37.* Peregrin. *d. art. 7. num. 57.* & Fuſar. *d. quæſt. 650. num. 62.* qui etiam pro hac parte allegat Barthol. *in d. §. Quidam liberis, num. 9.* & hęc eſt ſententia communis, vt Menoch. & alij affirmant. Fundamentum eſt, quia nomine hæreditatis non veniunt legata, *l. Si Titius ex parte, ff. de Leg. 3. & l. Titia, ff. Ad leg. Falcid.* vnde cùm teſtator ſolùm juſſerit reſtitui hæreditatem, vel partem hęreditatis, intelligi non debet quòd voluerit, vt etiam legata, ſeu prælegata reſtituerentur, cùm à verborum proprietate abſque ratione cogente recedendum non ſit, maximè in materia odioſa, & grauaminis, qualis hęc eſt. Et idem eſt quando ſubſtitutio facta eſſet verbis ciuilibus relatis ad fideicommiſſarium, vt ſi dictum eſſet, *Sit hæres,* vel, *hæredem ſubſtituo,* aut, *facio:* Menoch. *ſup. num. 42.* Peregrin. *d. art. 7. num. 54.* & alij, quos referunt. Item quando teſtator ſubſtituiſſet, jubendo reſtitui bona; cùm ſub eo nomine vniuerſali non contineatur prælegatum particulare: Menoch. plures referens *locò citat. num. 39.* & cum alijs Fuſar. *ſup. num. 93.*

Intelligitur autem prædicta ſententia de prælegatis, quoad partes quas cohæres grauatus habuit ex portionibus hæreditarijs aliorum cohæredum; non verò quoad partem reſpondentem portioni ipſius grauati: hanc enim reſtituere tenetur, vt conſtat per text. *in d. l. In Fideicommiſſariam, in fine, ff. Ad Trebel.* & tenent communiter DD. Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap. 25.* Menoch. *d. præſumpt. 194. num. 44.* & plures alij, quos referunt. Et ratio eſt, quia pars prælegati deſumpta ex portione ipſius grauati non capitur jure legati, cùm eidem à ſe ipſo legari nequeat, ſed capitur jure hæreditario, & vt pars ipſius hęreditatis; atque adeo continetur in fideicommiſſo, quo hæres grauatur reſtituere hæreditatem, ſeu partem hæreditatis. Vnde quando prælegatum eſſet de bonis cohæredis, vel totum eſſet relictum à cohærede, nullam ejus partem reſtituere tenebitur grauatus, vt bene aduertit Peregrin. *d. art. 7. num. 59.* & cum alijs Fuſar. *ſup. num. 67. & 68.* cùm in his euentibus prædicta ratio ceſſet: & idem aliqui volunt, quando tota reſtitutio eſſet facienda cohæredibus, vt notat idem Fuſar. *num. 69.* 1405

Declaratur præterea primò dicta ſententia principalis tradita *numer. 1404.* vt non procedat, quando ſubſtitutio eſſet facta per verba vniuerſalia, & prægnantia, vt ſi dictum eſſet; *Reſtituat omnem hæreditatem,* vel, *omnia bona,* vel, *quidquid ad eum ex hæreditate peruenerit,* nam tunc etiam prælegata veniunt reſtituenda. Sic relatis alijs Mantica *d. tit. 7. ſub num. 3. verſ. Neque obſtat, dict. l. Ad finem:* vbi addit, idem eſſe quando hæres rogatus eſſet reſtituere ſubſtantiam ſuam vel patrimonium: Menoch. *d. præſumpt. 194. num. 45.* Peregrin. *d. art. 7. numer. 26. & 55.* & Fuſar. *d. q. 650. numer. 71.* Probatur per text. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita. ff. Ad Trebel.* vbi videtur eſſe 1406

ſe

ſe caſus expreſſus, & *in l. Iulianus, ff. de Leg.* 3. vbi pars fundi, quæ aliàs non veniret in legato, ob vim vniuerſalium verborum venit. Conſtat etiam ea ratione, quia etiam prælegata ſunt de bonis, & de corpore hæreditatis: vnde quando hæres jubetur reſtituere hæreditatem dictis verbis vniuerſalibus, & prægnantibus, rectè intelligitur, quòd etiam prælegata comprehenduntur, licèt aliàs nomine hæreditatis non veniant.

1407 Declaratur ſecundò, vt etiam non procedat, quando tota, aut ferè tota hæreditas eſſet diſtributa in prælegata inter cohæredes æqualiter inſtitutos; nam tunc reſtituenda eſſent. Ita Barthol. *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis, numer.* 1. & ibi Alex. *num.* 2. *verſ. Quartò limita,* Socin. ſen. *num.* 3. Ruin. *num.* 13. & alij communiter, *ff. Ad Trebel.* Zanch. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, p.* 5. *numer.* 174. *ff. eod.* & alij innumeri, quos citant, & ſequuntur Mantica *d. tit.* 7. *numer.* 9. Peregrin. *d. art.* 7. *num* 61. & Fuſar. *d q.* 650. *num* 74. Ratio eſt, quia tunc ipſa prælegata ſuccedunt loco portionum hæreditatis: & eſt caſus, *in l. Quid ergo, ff. de Leg.* 1. vbi etiam Barthol. & alij. Id verò intelligitur, dummodo ipſa prælegata hæreditatis diuiſoria ſint æqualia, aut fere æqualia: vt notat idem Barthol. *in d. §. Quidam liberis,* & cum alijs Mantica *ſub d. num.* 9. *in nouiſsima editione.* Adde cum Peregrino *ſupra,* & alijs, quos refert, idem eſſe, cùm teſtator ex partibus inæqualibus hæredes inſtituiſſet, quibus prælegata adſcripſiſſet proportionalia eorum partibus hereditarijs.

1408 Adde præterea cum Mantica *ſub eodem num.* 9. *in nouiſsima editione:* Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 194 *num.* 46. Fuſar. *vbi ſup.* & alijs, quos allegant, idem quoque eſſe, quando prælegatum grauato relictum abſorberet maiorem partem hæreditatis, ita quod fideicommiſſum redderetur parui momenti, niſi prelegatum etiam comprehenderet, *d. l. Quid ergo, in fine,* cum Gloſ. & *ibid* Barthol. & alijs. Accedit etiam illa ratio; quia prælegatum adeo amplum, eſt tanquam pars hæreditatis, & in ejus locum ſuccedit, ejuſque naturam retinet, & conſequenter venit nomine hæreditatis reſtituendæ.

Declaratur tertiò; vt non procedat, 1490
quando extraneus eſſet grauatus reſtituere hæreditatem filio teſtatoris; nam tunc etiam prælegata veniunt in reſtitutione fideicommiſsi ex conjectura voluntatis; quæ elicitur ex charitate patris erga filium, vt voluerit ei reſtitui, quæcumque extraneus ex teſtamento, etiam titulo prælegati, fuerit conſecutus. Probari ſolet per text. *in l. Liberto, §. Filium, ff. de Ann. leg.* vbi videtur caſus, & ita *ibi* tenent Barthol. *in Summario,* D. n. Alex. & & alij Paul. Caſtr. *in l. Cum verum, & ibi* Corn. & Iaſ. *num.* 7. *Cod. de Fideicommiſſ.* idem Caſtr. *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis,* & ibi Alex. *num* 2. *ff. Ad Trebel* Zanch. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, p.* 5. *num* 175. & ibi Alciat. *num.* 7. & Ripa *num* 44. dicens eſſe communem ſententiam, *ff. eod* multique alij, quos citant, & ſequuntur Mantica *d. tit.* 7. *num.* 4. Menoch. *d præſumpt.* 194. *numer.* 47. & Fuſar. *d q* 650. *num.* 78. & *ſub numer.* 79. *verſ. Ego quidem,* vbi aſſerit ſe non poſſe ab hac ſententia diſſentire in judicando, & conſulendo, cùm ſit communis, & fundetur in veroſimili conjectura voluntatis; quamuis putet eam nõ rectè probari, per *d. §. Filium;* quod ego etiam exiſtimo. Non deſunt autem, qui contrariam ſententiam magis probent, quos citat & ſequitur Peregrin. *d. art.* 7. *num* 61. Sed reuerà eorum fundamenta prædictam voluntatis conjecturam nõ conuellunt; cùm plurimæ leges ei patrocinentur, vt *l. Cum auus, ff. de Condit. & demonſtr. l. Generaliter, in princip. C. de Inſtit. & ſubſtitut. l. Is qui ducenta, §. Item ſi pater, ff. de Reb. dub.* & aliæ multæ.

Declaratur quartò, vt non procedat, 1410
quando teſtator juſsit reſtitui quæ in hæreditate remanerent. Tunc enim etiam prælegata intelliguntur reſtitui juberi; cũ verè dicantur remanere in hæreditate, & ita Zanch. *in d. §. Cum ita, p.* 4. *numer.* 179. Menoch. *d. præſumpt.* 194. *num.* 48.

Fu-

Fuſar. *d. q.* 650 *num.* 8. & alij, quos referunt.

1411 Declaratur quintò, vt non procedat quando teſtator juſſit reſtitui bona, & hæreditatem. Nam tunc clarè intelligitur nomine bonorum voluiſſe comprehendi prælegata; Sic Ruin. *conſil.* 116. *num.* 1. Zanch. *d. p.* 5. *num.* 183 Peregrin. *d. art.* 9. *num.* 35. Fuſar. *d. q.* 650. *numer.* 8. & alij, licèt contrarium voluerint Menoch. *d. præſumpt.* 194. *num.* 40. & alij, quos refert. Vide autem, quæ pro hac declaratione addunt Peregrin. & Fuſar.

Quaſdam alias declarationes afferunt Menoch. & Fuſar. in quibus non puto immorandum; ſunt enim parui momenti, & ex ipſis terminis facilè conſtant.

1412 Tertius caſus eſt, quando teſtator priùs facit prælegatum vni ex hæredibus, deinde eum inſtituit, & grauauit ſimpliciter reſtituere, non faciendo in ipſa ſubſtitutione mentionem hæreditatis, vt, ſi dixit, *Et ſi deceſſerit abſque liberis, reſtituat Caio*, vel, *ſuccedat Caius per fideicommiſſum in ejus portione*, aut quid ſimile. In hoc caſu communis ſententia eſt, ex tali ſubſtitutione etiam prælegata eſſe reſtituenda. Ita Gloſ. *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis*, & ibi Barthol. Angel. Cuman. Paul. de Caſtr. Alex. *num.* 1. & alij, *ff. Ad Trebel.* Bald. *in d. l. Cum virum*, & ibi Salicet. Paul. de Caſtr.. Corn. & Coraſ. *Cod. de Fideicommiſſ.* Imola *in l. Ita tamen, §. Qui ſuſpectam, ff. Ad Trebel.* Ripa *in d. l. Hæredes me i, §. Cum ita, num.* 36. & ibi Zanch. *p.* 5. *num.* 11. 21. *& ſeq. ff. eod.* Pet. Anchar. *conſil.* 27. *col.* 2. Anton. Petr. *conſil.* 200. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 194. *numer.* 2. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 7. *num.* 34. & cum alijs innumeris Fuſar. *de Subſtitut. q.* 650. *num.* 1. Probatur per *d. l. Marcellus, §. Quidam liberis*, vbi eſt caſus, tam in deciſione, quàm in ratione, & per *l. In Fideicommiſſariam, §. fin. ff. Ad Trebel. & in l. Si Titius*, à contrario ſenſu, *ff. de Leg.* 3. & ratio eſt, quia verba talis ſubſtitutionis, cùm ſint indefinita, congruunt etiam prælegatis antea factis; cùm tam propriè dicatur, & intelligi poſſit, hæredem grauari reſtituere prælegata, quàm hæreditatem.

Ampliatur hæc ſententia primò, vt procedat, quanuis inter prælegata, & inſtitutionem, ac ſubſtitutionem ſequentem, plura ſint interjecta, vt bene poſt Menoch. *vbi ſupra, num.* 5. aduertit Peregrin. *d. num.* 34. *fine*, & Fuſar. *d. q.* 650. *num.* 17. aduerſus Ruin. *in d. §. Quidam liberis.* 1413

Ampliatur ſecundò, vt procedat licèt ſubſtitutio non ſit merè Fideicommiſſaria, ſed Compendioſa continens Vulgarem, & Fideicommiſſariam. Ita ſentiunt multi apud Fuſar. *citat. num.* 10. qui loquuntur in terminis Compendioſæ Hanc verò ampliationem probabiliùs rejicit idem Fuſar. *num.* 11. vbi alios adducit. Et ratio eſt, quia in Vulgari ſubſtitutione non veniunt prælegata, *l. Sextiliam, ff. de Leg.* 3. dictumque eſt ſupra *ſect.* 2. §. 16. ſiquidem repudiata hæreditate capit inſtitutus prælegata ex cohæredum portionibus ſoluenda, ſolis bonis, in quibus inſtitutus eſt, ſubſtituto remanentibus: vnde cùm vtraque ſubſtitutio contenta in Compendioſa pariformiter determinari debeat, juxta *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, conſequens eſt vt etiam in illa Fideicommiſſaria non comprehendantur prælegata, ſaltem prout ex portionibus cohæredum debentur. 1414

Ampliatur tertiò, vt procedat etiamſi grauatus ſit filius teſtatoris. Sumitur ex *d. l. Marcellus, §. Quidam liberis*, vbi videtur caſus. Unde dicunt multi, inter quos eſt Menoch. *d. præſumpt.* 194. *ſub num.* 2. *verſ. Et hoc quidem*, quòd in præſenti non eſt facienda differentia inter filios, & extraneos. Hoc autem ſic intelligendum eſt, vt tam in filijs, quàm in extraneis locum habere poſſit prædicta ſententia principalis; vt nimirum ſi ſint plures filij inſtituti, & vnus grauetur reſtituere alteri, etiam prælegata reſtitui debeant: hic enim eſt caſus *in d. §. Quidam liberis*; non autem quòd filius grauatus reſtituere extraneo, intelligatur ſimiliter grauatus etiam quoad prælegata; cùm paterna charitas talem interpretationem 1415

mini.

minimè patiatur. Ita in ſpecie ſentit Mantica *de Conject. vltim. volunt lib. 7. tit. 7. ſub numer.* 11. & Fuſar. à nobis relatus *d. quæſt* 650. *num* 13. eſtque procul dubio communis Doctorum ſententia.

1416 Ampliatur quarto, vt procedat licèt in inſtitutione grauati poſt prælegatum factū dictum ſit; *In alijs alijs autem bonis inſtituo*, &c. vel *in cæteris bonis inſtituo*, &c. Ita ſentiunt plurimi, quos longa ſerie refert Fuſar. *d. q.* 650. *num.* 18 In contrarium tamen non pauciores, nec minoris notæ ſtant DD. quos idem Fuſar. adducit *num.* 24. Et quidem in hanc contrariam ſententiam magis propendeo, quàm etiam magis probat, & declarat idem Fuſar. apud quem vtriuſque fundamenta videri poſſunt.

1417 Multipliciter autem eadem principalis ſententia limitatur. Primò enim fallit in prælegato dotis. Secundo, in prælegato alimentorum. Tertiò, in prælegato, in quo alia particularis ſubſtitutio facta eſſet; vel quòd teſtator prohibuiſſet alienari fauore alterius cauſæ, quàm fideicommiſſi vniuerſalis. Quartò, in prælegato facto ob maximam dilectionem inſtituti. Quinto, in prelegato facto ob benemerita. Sextò, in prælegato facto pro ſolutione debiti, quo teſtator tenebatur ipſi grauato. Septimò, in prælegato relicto ſub conditione, cùm fideicommiſſum ſit relictum purè; vel relicto in diem, aut ſub conditione, quæ eueniret, aut euenire poterit poſt factam reſtitutionem. Octauò, in prelegato relicto vni filio, poſt quod ſequitur inſtitutio plurium filiorū, cum reciproco fideicommiſſo inter eos. Quas omnes limitationes, nonnullas earum declarando, & ſublimitando, tradunt poſt alios Menoch. *d. præſumpt.* 194. Peregrin. *d. art.* 7. & præcipuè Fuſar. *d. q* 650. qui alias etiam addit, quas vt minimè neceſſarias omittendas cenſui; pro eis enim ſufficit admonuiſſe initio *hujus* §. quoties ſaltem ex conjecturis conſtiterit de voluntate teſtatoris, quòd voluerit, aut noluerit prælegata etiam reſtitui, illi ſtandum eſſe.

1418 Quartus caſus eſt, quando præceſſit inſtitutio, & fideicommiſſum, & poſtea ſequitur prælegatum grauató factum. In hoc caſu communiſſima DD. ſententia eſt, prælegatum non venire in reſtitutione fideicommiſſi. Ita ſentiunt Gloſ. *in d. l. Marcellus*, §. *Quidam liberis*, & ibi Barthol. Angel. Imola, Roman. Alex. Socin. Sen. *col. 2. num.* 4. & alij, *ff. Ad Trebel.* Gloſ. *in l. Cum virum*, & ibi Bald. Paul. de Caſtr. Cern. *col.* 2. & Padill. *numer.* 21. *Cod. de Fideicommiſſ.* Barth. *in l. Titia*, & ibi Paul. de Caſtr. & Alex. *not.* 1 *ff. Ad leg. Falcid.* Ripa *in l. Hæredes mei*, §. *Cum ita*, *numer.* 48 & ibi Zanch. *p.* 5. *num.* 76. *ff. Ad Trebel.* Dec. *conſil.* 80. *col.* 1. *& conſil.* 81. *dub.* 3. *& conſil.* 254 *col.* 1. Roland. à Val. *conſil.* 34. *num.* 7. *lib.* 4. & alij permulti, quos citant & ſequuntur Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4 *præſumpt.* 194. *num.* 28. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 7. *num.* 63. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 650. *num.* 109. Probant per *l. Titia, ff. Ad leg. Falcid.* conferendo eam cum *l. In fideicommiſſariam*, §. *fin. ff. Ad Trebel.* prout eas rectè ad hoc expendit Peregrin. *d. art.* 7. *num.* 67. Eſt præterea ratio, quia eo ipſo quòd teſtator poſt injunctum onus fideicommiſſi, fecit prælegatum grauato, videtur illud excepiſſe à tali onere, & conſequenter, quòd grauatus non teneretur illud reſtituere.

Vnde ampliatur primò hæc ſententia, 1419
vt etiam partem illam prælegati, quam grauatus capit jure hæreditario ſeu ex portione, in qua inſtitutus eſt, non teneatur reſtituere, vt bene cum alijs aduertit Peregrin *d. art. 7. num.* 66. & Fuſar. *d. q.* 650. *num.* 115. & probat text. *in d. l. Titia, ff. Ad leg. Falcid.* Ampliatur ſecundò, vt procedat etiamſi fideicommiſſum factum ſit pro conſeruatione bonorum in familia: vt etiam poſt alios tradunt Peregrin. *num.* 65. & Fuſar. *numer.* 114. Ampliatur tertiò, vt procedat, licèt teſtator vſus fuerit verbo, *Subſtituo*, ſimpliciter: & licèt juſſerit, bona ſua reſtitui: ſic idem Peregrin *num.* 64. & Fuſar *num.* 112. *& ſeq* poſt alios, quos referunt.

Li-

1420 Limitatur autem primò, vt non procedat, quando ſubſtitutio facta eſt verbis vniuerſalibus, & pragnantibus, vt ſi dictum eſt; *Reſtituat quidquid ad eum peruenerit*: vel, *omnia bona*; vel, *vniuerſam hæreditatem*, &c. Limitatur ſecundò, vt etiam non procedat, ſi ſubſtitutio ſit concepta per verba, quæ futurum etiam reſpiciant, vt; *Reſtituat bona, quæ illi obuenient*. Limitatur tertiò, vt non habeat locum, quando extraneus eſſet grauatus reſtituere filio teſtatoris. Limitatur quartò, quando poſt inſtitutionem, & ſubſtitutionem teſtator diuideret totam, aut maiorem partem hæreditatis inter inſtitutos, faciendo eis prælegata æqualia, aut ferè æqualia; quia tunc ipſa prælegata ſubirent vicem portionum hæreditariarum, & conſequenter venirent in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis. Has omnes limitationes tradunt, & illuſtrant Menoch. *d. præſumpt.* 194. Peregrin. *d. art.* 7. & Fuſar. *d. q.* 650.

1421 Quæres, quid dicendum, quando ordine ſcripturæ prælegatum ſequitur poſt ſubſtitutionem, ordine verò intellectûs præcedit? Ut quando hæres fuit grauatus fideicommiſſo conditionali poſt ejus mortem, & poſtea fuit ei factum legatum, ſeu prælegatum in vita, ideſt, ei viuenti ſoluendum? Reſpondetur attendendum eſſe ordinem intellectûs, & conſequenter ſi ordine intellectûs prælegatũ præcedat reſtitui debere, juxta ſupradicta in præcedenti caſu, nihil obſtante quòd ordine ſcripturæ ſit poſterius. Ita ſentiunt Barth. *in l. Ita tamen*, §. *Qui ſuſpectam*, & ibi Bald. Alex. & alij *ff. Ad Trebel.* Ripa *in d. l. Hæredes mei* §. *Cum ita*, *num.* 50 *ff. eod.* Ruin. *conſil.* 120. *numer.* 6. *& ſeq. lib.* 3. Mantica *lib.* 7. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 6. *num.* 16. *fine*, & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 650. *num.* 120. *& q.* 657. *num.* 20. licèt contrarium magis probet Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 8. *num.* 18. Ratio eſt, quia voluntas ſequitur intellectum, non verba: ergo in quæſtione voluntatis, qualis hæc eſt, magis attendi debet ordo intellectûs, & conceptionis internæ, quàm externæ verborum, aut ſcripturæ.

Quæres præterea, quid tenendum ſi non conſtet, quo ordine, aut loco fuerit factum prælegatum? Vt quando non apparet ſcriptura teſtamenti, & teſtes non aſſerunt quid præceſſerit? Reſpondet Peregrin. *de Fideicommiſſ. art* 9. *numer.* 69. cum Bald. *in d. l. Cum virum*, *num.* 5. *& 7.* quod in quæſtione voluntatis pendente ex ordine, vt in præſenti, incumbit fideicommiſſario probare legatum præceſsiſſe, & ſi id non probet non venire in reſtitutione fideicommiſsi. Cæterùm Mantica *d. l. 7. num.* 2. aſſerit, ſi non appareat ordo, vt quia hæres ſimul honoratus, & oneratus ſit, reſtituere debere, quod perceperit jure fideicommiſsi, ſeu prælegati, vt ex mente Bartholi, & communi DD. ſententia ſcribit Hieron. Gabr. *conſil.* 121. *num.* 50. 1422

§. 16. *Vtrum in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis veniant quæ grauatus capit ex ſubſtitutionibus, quibus ab eodem teſtatore honoratus eſt.*

SUMMARIUM.

Quod grauatus aſſecutus eſt per Vulgarem, cohærede non adeunte, venit in reſtitutionem fideicommiſſi vniuerſalis; *num.* 1423.

In reſtitutione fideicommiſsi venit quod grauatus aſſecutus eſt jure accreſcendi, *num.* 1424.

Quid, ſi inſtituto in re certa cum onere, vt eam reſtitueret, tota hæreditas accreuiſſet? ibid. remiſsiuè.

Subſtitutus pupillaris tenetur reſtituere bona pupilli, ſi teſtator eum grauauit vt ea reſtitueret; *num.* 1425.

Quando teſtator grauauit fideicommiſſo ſubſtitutum pupillarem, non exprimendo quòd illum grauabat in bonis pupilli, an talis ſubſtitutus teneatur ea reſtitue-

tituere? num. 1426. *& ſeq.*

Quando ſubſtitutio Pupillaris præceſſit, & poſtea ſecuta eſt Fideicommiſſaria verbis indefinitis, etiam obtenta ex Pupillari reſtituenda ſunt, num. 1428. *Hoc autem intelligitur, ſi Pupillaris ordine intellectùs præceſſit; numer.* 1429.

Obuenta ex ſubſtitutione Exemplari quando veniant in reſtitutione fideicommiſsi? num. 1430.

Obuenta ex directa Militari veniunt in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis; num. 1431.

Obuenta ex ſubſtitutione Fideicommiſſaria, qua vnus cohæres grauatus eſt reſtituere alteri cohæredi, quem teſtator poſtea grauauit fideicommiſſo vniuerſali, veniunt in reſtitutione talis fideicommiſsi; num. 1432.

1423 Prima concluſio pro præſenti quæſtione ſit. Quod grauatus aſſecutus eſt per Vulgarem, cohærede nolente, aut non valente adire, venit in reſtitutionem: Barthol. *in l. Marcellus, §. Quidam liberis, num.* 8. & ibi Imola Socin. ſen. *numer.* 8. & Claud. *numer.* 6. *ff. Ad Trebel.* Bald. *in l. Cum virum,* & ibi Coraſ. *numer.* 96. & Padill. *numer.* 35. *Cod. de Fideicommiſſ.* Iaſ. *conſil.* 175. *lib.* 2. Curt. jun. *conſil.* 13. Ruin. *conſil.* 94. *numer.* 9. *&* 13. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *cap.* 6. *numer.* 7. Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic.* 8. *numer.* 1. Intrigliol. *de Subſtitut. cent.* 3. *quæſtion.* 74. *numer.* 159. Fuſar. plures referens *de Subſtitution. quæſt.* 653. *numer.* 1. & cæteri omnes. Ratio eſt, quia in eo caſu totum intelligitur eſſe portio grauati, perinde ac ſi eſſet inſtitutus, ex parte purè, & ex parte ſub conditione, per *l.* 1. *§. Id quod ex ſubſtitutione, ff. Ad leg. Falcid. & l. In ratione, §. Quæſitum, ff. eod. & l. Si tu ex parte, ff. de Acquir. hæred.*

1424 Hinc deducitur debere etiam reſtitui, quod grauatus fuerit conſequutus ex jure accreſcendi, vt concludit Barthol. *in d. §. Quidam liberis, numer.* 7. & tenent communiter cæteri DD. Mantic. *dict. tit.* 6. *numer.* 8. Peregrin. *dict. tit.* 8. *numer.* 4. Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 654. & alij quos referunt. Ratio eſt, tum quia jus accreſcendi eſt quædam tacita ſubſtitutio Vulgaris, *l. Titio, §. Iulianus, ff. de Legat.* 1. Tum etiam quia portio accreſcit portioni, non perſonæ, *l. Si totam, ff. de Acquir. hæred. l. Si Titio, §.* 1. *ff. de Vuſufructu accreſcend.* & ita ſequitur naturam portionis, cui accreſcit, *l. Papinianus, ff. Ad Trebel.* ac proinde vtraque portio euadit grauata, & obnoxia reſtitutioni. Quando autem quis eſſet inſtitutus in re certa, & grauatus vt eam reſtitueret, eidemque tota hæreditas accreuiſſet, vel quia non habuit cohæredem vniuerſaliter inſtitutum, vel quia, ſi illum habuit, is noluit, aut non potuit eſſe hæres, vtrùm in tali caſu etiam ipſa hæreditas veniat reſtituenda, necne? Vide apud Manticam *dict. tit.* 6. *numer.* 9. *& ſequentib.* & Fuſar. *dict. quæſtion.* 154. *à numer.* 4. qui alios referunt, & plenè hanc difficultatem expediunt.

Secunda concluſio: quando teſtator expreſsè, aut verbis æquipollentibus, grauauit ſubſtitutum pupillarem, vt reſtitueret bona pupilli, tenetur talis ſubſtitutus ea reſtituere. Hæc apud omnes eſt indubitata, vt videre eſt apud Menoch. *de Præſumption lib.* 4. *præſumpt.* 74. *numer.* 2. *&* 3. Peregrin. *de Fideicommiſſ. artic.* 8. *numer.* 33. *&* 37. & Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 655. *numer.* 1. *&* 2. 1425

Tertia concluſio: quando teſtator grauauit fideicommiſſo ſubſtitutum pupillarem, non exprimendo quòd illum grauabat in bonis ipſius pupilli: neque ſolùm in bonis ipſius teſtatoris, ſed dicendo ſimpliciter, *Reſtituat bona mea,* vel, *hæreditatem meam,* in tali caſu non tenetur grauatus reſtituere bona propria pupilli, ſed tantùm bona teſtatoris. Hæc eſt communior DD. ſententia, quam relatis pluribus tenent Emman. 1426

Coſta *in cap. Si pater, §. 3. verb. Et de ictis, ſub num. 9. de Teſtament. in 6.* Menoch. *dict. præſumpt. 74. numer. 5.* & Fuſar. *dict. quæſt. 655. numer. 4. & 6.* Ratio eſt, quia bona propria pupilli, non ſunt, nec dicuntur bona, vel hæreditas patris teſtatoris, etiamſi aliqua ex parte ex ipſo teſtatore deſcenderint, vt legitima, quæ pupillo erat debita in bonis patris: hæc enim cùm ipſo jure eſſet debita pupillo independenter à patris voluntate, ita efficitur propria ipſius pupilli, acſi aliunde, quàm à patre ad illum peruenerit. Et ita grauatus in præſenti caſu non ſolùm non tenebitur reſtituere bona, quæ pupillus habuit à matre, vel aliunde quàm à patre, ſed nec etiam legitimam, quam habuit ex bonis patris, & in ſpecie declarat Coſta *loco cit.* & Fuſar. *dict. numer. 4. fine.* Facit etiam pro hac concluſione, quòd in dubio capienda eſt interpretatio, vt hæres cenſeatur minùs grauatus quoad fieri poſsit. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 9. tit. 1. numer. 5.* & diximus *ſupra, num.* 1399.

1427 Pro contraria ſententia, quòd etiam bona propria pupilli veniant in reſtitutionem dicti fideicommiſsi, non pauci quoque ſtant DD. quos citat & ſequitur Peregrin. *dict. artic. 8. numer. 38.* At ejus fundamentum non cogit, nec perſuadet à tradita concluſione recedere. Verùm verò, etiam hac ſententia retenta, poſsit grauatus detrahere legitimam, quam pupillus habuit in bonis patris? Item an poſsit detrahere Trebellianicam? Vide apud eumdem Peregrin, *numer. 39. & ſeqq.*

1428 Quarta concluſio: quando ſubſtitutio Pupillaris præceſsit, & poſtea ſecuta eſt Fideicommiſſaria verbis indefinitis, vt ſi dictum eſt, *Reſtituat bona Seio*, vel, *Subſtituo ei Seium per fideicommiſſum*, &c. etiam obtenta ex Pupillari ſubſtitutione veniunt in reſtitutionem. Eſt receptiſsima ſententia, vt teſtatur Fuſar. *dict. quæſtion. 655. ſub numer. 9.* illam tenent Barthol. *in dict. l. Ita tamen, §. Qui ſuſpectam, numer. 2.* & alij *ibidem, ff. Ad Trebel.* Mantica *de Conjectur. vltim. voluntat. lib. 7. tit. 6. numer. 14. & ſequent.* Menoch. *dict. præſumpt. 74. numer. 7.* Peregrin. *dict. artic. 8. numer. 37. verſ. Aut verò vſus fuit verbis indefinitis*, Fuſar. *vbi ſupra*, & multi alij, quos referunt. Ratio conſtat ex dictis in ſimili de prælegatis, *§. præced. numer.* 1410. Non defuerunt, qui in contraria fuerint opinione, ſed nullo ſufficienti nituntur fundamento, vt videri poteſt apud Manticam, & Fuſar. *locis citatis.*

1429 Intelligitur autem ſuperior concluſio, quando Pupillaris ſubſtitutio etiam ordine intellectûs præceſsit; nam ſi eſſet poſterior ordine intellectûs, commodum ex ea perceptum non veniret in reſtitutionem, etiamſi illa ordine ſcripturæ præceſsiſſet, vt quando teſtator hæredem ſubſtituit pupillariter, deinde illum grauauit purè, ſeu vt ſtatim reſtitueret. Ita Barthol. *in dict. §. Qui ſuſpectam*, & ibi Angel. Alex. & alij communiter, per text. *in l. Cum pater, §. Fidei tuæ, ff. de Legat. 2.* ſequitur Mantica *dict. tit. 6. numer. 14. verſ. Proinde*, Barthol. Menoch. *dict. Præſumpt. 74. numer. 8.* Peregrin. *dict. articul. 8. numer. 35.* & Fuſar. *dict. quæſtion. 655. numer. 17.* Ratio eſt quia ordo intellectus præfertur ordini ſcripturæ, cùm voluntas intellectu regatur, & dirigatur. Præterea, quia cùm fideicommiſſum in caſu propoſito ſit purum, non poteſt in eo contineri commodum Pupillaris, cùm hæc ſit conditionalis, id eſt ſub conditione, *Si pupillus moriatur ante pubertatem.*

1430 Quòd dictum eſt in tribus præcedentibus concluſionibus circa ſubſtitutionem Pupillarem, ſeu commodum ex ea perceptum, idem cum proportione dicendum circa Exemplarem, & commodum illius, cùm hæc ad exemplum Pupillaris inducta ſit, ejuſque naturam imitetur, *l. Ex facto, ff. de Vulgari, l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitution. §. Qua ratione, Inſtitut. de Pupillari ſubſtit.*

1431 Quinta cõcluſio: obuĕta ex directa Mi-

litari ſubſtitutione veniunt in reſtitutionem fideicommiſsi vniuerſalis: ſic Barth. *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis, ſub num.* 9. & ibi Alex. *col. pen. numer.* 4 & Claudius Seiſell. *num.* 3. *ff. Ad Trebel.* Padil. *in d. l. Cum virum, num.* 29. *Cod. de Fideicommiſſ.* Mantica *d. tit.* 6. *num.* 16. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 195. *num.* 17. Peregrin. *d. art.* 8. *num.* 46. Fuſar. *de Subſtitution. q.* 656. & alij communiter. Ratio eſt, quia directa Militaris comparatur Vulgari, cum fiat in hæreditate teſtatoris, & ſubſtitutus directò ex illa ſuccedat, eueniente illius caſu; quando inſtitutus deſinit eſſe hæres. Vnde eadem ratione, qua ſupra in prima concluſione dictum eſt, quæſita ex Vulgari ſubſtitutione venire in reſtitutionem; dicendum eſt pariter in quæſitis ex directa Militari. Non me præterit, eſſe aliquos DD. qui directam Militarem comparant potiùs cum Pupillari, vel Fideicommiſſaria: ſed non eſt quod in eis refellendis immoremur, cùm facilè ex ipſis terminis conſtet, immeritò eam comparationem præferri.

Sexta concluſio: obuenta ex ſubſtitu-
1432 tione Fideicommiſſaria, qua vnus cohæres grauatus eſt reſtituere alteri cohæredi, quem teſtator poſtea grauauit fideicommiſſo vniuerſali, veniunt in reſtitutionem talis fideicommiſsi vniuerſalis. Hæc concluſio eſt communis, pro qua plurimos DD. refert eos ſequens Fuſar. *de Subſtitut. q.* 657. *num.* 2. & conſtat ex eodem fundamento, quo §. *præcedenti, caſu*, 3. ſtatuimus prælegata facta vni ex hæredibus, quem teſtator poſtea grauauit fideicommiſſo vniuerſali, venire in reſtitutionem ipſius fideicommiſsi: vnde eædem ferè moderationes, & limitationes, quas illa reſolutio admittit, hìc etiam cum proportione locum habent, vt videre eſt apud Fuſar. *loco cit.* qui plures limitationes in particulari aſsignat.

Ubi etiam quoſdam alios caſus circa hanc materiam reſoluit, quos apud illum videndos omitto.

(:!:)

§. 17. Vtrùm legata caducata, vel repudiata, vel inualida, relicta ab hærede, quem teſtator poſtmodum grauauit fideicōmiſſo vniuerſali, remaneant ipſi hæredi, vel ſint reſtituēda fideicōmiſſario?

SUMMARIUM.

R*Eſolutio tenenda eſt, legata illa eſſe reſtituenda fideicommiſſario; numer.* 1433.

Ampliatur, etiamſi teſtator ipſa legata excepiſſet à fideicommiſſo, vt ſi poſt illa facta, dixit; Cætera bona reſtituat, *vel,* Subſtituo in reſiduo; *num.* 1434.

Cur prælegata relicta hæredi grauato non veniant in reſtitutione fideicommiſsi facti de reſiduo bonorum; veniant autem legata, quæ ipſi hæredi vacant? numer. 1435.

Ampliatur præterea dicta reſolutio principalis, vt procedat licèt teſtator vniuerſaliter fideicommittendo dixiſſet; Saluis prædictis legatis, *vel,* Exceptis legatis, *aut quid ſimile; num.* 1436.

SUnt qui putent talia legata non eſſe 1433
reſtituenda fideicommiſſario. Ita Cephal. *conſil.* 231. *lib.* 1. Prætis, & quidam alij apud Fuſar. *de Subſtit. q.* 651. *num.* 2. At contraria ſententia eſt tenenda cum eodem Fuſar. *ſub num.* 3. vbi pro ea refert Corn. Surd. & alios: pro qua etiam in fortioribus terminis ſtat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 9. *numer.* 6. cum multis alijs, quos adducit. Probatur facilè primò, quia talia legata cùm cadant in irritum, non minuunt, nec minuere poſſunt hæreditatem, imò illam augent, *l. Si ita quis hæres, ff. de Hæred. inſtit.* & ſic veniunt in reſtitutione hæreditatis, ſeu fideicommiſsi vniuerſalis, ex quo hæreditas debetur. Secundò, quia illa legata quæruntur hæredi titulò hæreditario,

d. l. Si ita quis hæres, & ibi Bald. & Angel. hæres autem grauatus fideicommiſſo vniuerſali, tenetur reſtituere quæ ad eum perueniunt titulo hæreditario, *l. In fideicommiſſariam, in fine, ff. Ad Trebel. l.* 1. *§. Id quod natura, ff. Ad leg. Falcid.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 7. *num* 10.

1434 Sed quid, ſi teſtator dicta legata excepiſſet à fideicommiſſo vniuerſali, vt ſi poſt facta ipſa legata, vel fideicommiſſa particularia, dixit; *Cætera bona reſtituat Seio*; vel, *in reſiduo bonorum ſubſtituo fideicommiſſarie Seium*; aut quid ſimile? Reſpondetur, etiam in hoc caſu legata illa caducata, vel aliàs inualida, eſſe reſtituenda fideicommiſſario vniuerſali. Ita poſt alios Peregrin. *vbi ſup.* & Fuſar. *dict. quæſtion.* 652. *numer.* 8. qui contra Cuman. aduertunt, hoc procedere, etiam quando certum corpus eſſet exceptum, vt ſi legata eſſet vna poſſeſsio, deinde dictum eſſet; *Cætera bona reſtituat*, &c. Ratio hujus ſententiæ eſt, quia dictio, *Reſiduum*, vel, *in reliquo*; & quælibet ſimilis, continet totum, & conſequenter, quod alius non capit, vel capere non poteſt; vt Peregrin. comprobat per *l. Cæterarum, ff. de Verbor. ſignif.* vbi dicit eſſe caſum, atque ita ibi tenere Alciat. poſt Roman. ſingul. 15.

1435 Nec obſtat, quòd Cephal. *vbi ſupra*, contrariam tenens ſententiam pro ea adducit, ſcilicet, prælegata, & fideicommiſſa relicta ipſi hæredi grauato non venire in reſtitutionem fideicommiſsi facti de omnibus alijs bonis, vel de reſiduo bonorum, vt tenent communiter DD. & nos attigimus, *ſupra §.* 15. *num.* 1398. Reſpondetur enim facilè, aliud eſſe quando agitur de prælegato facto ipſi hæredi, aliud de legato facto alicui tertio. Nam quando eſt factum ipſi hæredi, colligitur teſtatorem voluiſſe vt non teneretur illud reſtituere, quia alioqui fruſtra illud ſepararet à cæteris bonis. Quando autem legatum eſt factum tertiò, non ſeparatur à cætera hæreditate ea mente, vt heres illud habeat, ſed vt habeat tertius, & non aliter: & ideo ſi tertius illud habere non poſsit, cedit in augmentum hæreditatis, & conſequenter ſimul cum ea venit reſtituendum; quia augmentum aſſumit naturam principalis, *l. Etiam, Cod. de Iure dot.*

Atque idem tenendum eſt, licèt teſ- 1436
tator fideicommittendo vniuerſaliter, dixiſſet; *Saluis prædictis legatis*, vel, *exceptis legatis*; aut quid ſimile: nam tunc etiam ipſa legata caducata, vel repudiata, aut inualida, reſtituẽda ſunt, vt notat Fuſar. *ſup.* poſt Surd. *deciſ.* 269. per text. *in l. Cum hæres, deductis legatis, ff. Ad Trebel. & in l. Si ita quis hæres, ff. de Hæred. inſtit.*

§. 18. *De detractionibus, quas hæres grauatus fideicommiſſo vniuerſali efficere poteſt, retinendo aliquam partem bonorum teſtatoris, & ſpeciatim de detractione Trebellianicæ.*

SUMMARIUM.

QVid ſit quarta Trebellianica? numer. 1437.

In quo Trebellianica differat à Falcidia? num. 1438.

Falcidia detrahitur, deducto priùs ære alieno, impenſâ funeris, & pretio manumiſſorum. In Trebellianica nihil horum deducitur; ibid.

Falcidia deducitur, ſpectata quantitate patrimonij tempore mortis teſtatoris: Trebellianica verò ſpectata quantitate patrimonij tempore quo hæreditas reſtituenda eſt; ibid.

Qui grauati poſsint detrahere Trebellianicam? num. 1439. *& ſeq.*

Qui non eſt rogatus reſtituere vt hæres, ſed vt legatarius, vel fideicommiſſarius, etiamſi habeat titulum vniuerſalem, non detrahit Trebellianicam à ſublegatarijs, vel ſubfideicommiſſarijs; num. 1441.

Id limitatur in primo fideicommiſſario, quando hæres Trebellianicam in ejus

grattam

grat[illegible] remiſit. Et quando cenſeatur eam remiſiſſe in gratiam illius? numer. 1442.

Quando hæres prohibitus eſt detrahere Trebellianicam, poteſt primus fideicōmiſſarius illam detrahere à ſecundo, ex ſententia Menochij. Et quid, quando hæres illam non detraxit, eo quod hæreditatem adiuerit coactus à fideicommiſſario? num. 1443.

Trebellianicæ detractio ceſſat quoties per legem reperitur remiſſa. Et aſsignantur aliqui caſus, in quibus jus eam remittit, num. 1444.

Trebellianica non detrahitur, quando hæres eſt grauatus in teſtamento militari, vel ad pias cauſas; & vtrum hoc ſecundum procedat, licèt hæres non ſit rogatus reſtituere immediatè piæ cauſæ, ſed mediatè poſt alios fideicommiſſarios? Vel quando cauſa pia inſtituta grauata eſt reſtituere alteri cauſæ piæ, ibid.

Trebellianica ceſſat in hærede fiduciario, qui ſcilicet inſtitutus eſt contemplatione ejus, cui eam jubetur reſtituere, num. 1445.

Ceſſat etiam quando pater vel dominus rogatus eſt reſtituere hæreditatem filio, vel ſeruo inſtituto, cùm ſui juris erit, ex cujus perſona pater, vel dominus commodum perceperat, n. 1446.

Ceſſat quoque tam Trebellianica, quàm Falcidia, ſi ipſe hæres grauatus eam remittat. Et quando intelligatur eam remittere? num. 1447.

Hæres grauatus remittendo illas quartas cenſetur plenius exequi voluntatem defuncti: neque talis remiſsio poteſt reuocari à creditoribus, etiamſi ante caſum fideicommiſsi reſtitutio facta ſit: ea tamen præmatura reſtitutio non nocet ſequenti ſubſtituto, ſi forte ſubſtitutio primi efficiatur caduca; n. 1448.

Ceſſat denique dicta detractio, quando teſtator expreſsè vel tacitè eam prohibuiſſet; num. 1449.

Spectato jure antiquo, neque Trebellianica, neque Falcidia prohiberi poterat à teſtatore: quid ſpectato jure nouo? numer. 1450.

Trebellianica pot[illegible] hodi[illegible] prohiberi à teſtatore, etiam in co[illegible]; num. 1451.

Vtrum talis prohibitio debeat eſſe expreſſa, vel ſufficiat tacita? Reſoluitur debere eſſe expreſſam verbis ſpecialibus, licet in hoc ſint opiniones; numer. 1452. & ſeqq.

Per verba, Reſtituat totam hæreditatem, *vel* omnia bona, *& ſimilia, non inducitur ſufficiens prohibitio Trebellianicæ: ſecus dicendum, ſi verba ſint talia, vt non poſsint videri prolata in alium ſenſum, quàm vt Trebellianica prohibeatur, num. 1455.*

Vtrùm ſi teſtator prohibeat alienari bona, talis prohibitio ſufficiat vt Trebellianica, vel Falcidia neceſſariò, & expreſſe videatur prohibita? num. 1456.

Vtrùm etiam filijs primi gradus poſsit teſtator prohibere detractionem Trebellianicæ? num. 1457. & ſeqq.

Trebellianica detrahitur ex omnibus bonis reſtitutioni obnoxijs, quæ jure directo peruenerunt ad hæredem grauatum: non verò ex ijs quæ jure indirecto: & quænam hoc vel illo jure ad eum perueniant? num. 1462.

An, & qua ratione poſsit hæres grauatus deducere Trebellianicam ex prælegatis, quando hæc etiam in reſtitutionem veniunt? num. 1463.

Trebellianica deducitur ex toto aſſe, quādo grauatus reſtituit tam portionem, in qua eſt inſtitutus, quàm portionem, quæ illi accreuit; num. 1464.

Subſtitutus pupillaris grauatus fideicommiſſo vniuerſali detrahit Trebellianicam ex hæreditate pupilli, quam reſtituere juſſus eſt. Et idem cum proportione eſt in ſubſtituto per Exemplarem, vel Militarem directam; num. 1465.

In quibus rebus detrahitur Trebellianica? num. 1496. & ſeq.

Quænam in Trebellianicam imputentur, eamve diminuant? num. 1468

Vtrum prælegata imputentur in Trebellianicam, quando illa in reſtitutionem non veniunt? num 1469. & ſeqq.

Legitima, quā patronus detrahit ex bonis

liberti

liberti imputatur ei in Trebellianicam; num. 1472.

Vtrùm legitima, quæ deſcendentibus debetur, imputetur illis in Trebellianicam, quando hæreditatem ex fideicommiſſo reſtituunt? num 1473 *& ſeqq.*

Etiam nepotes, & alij vlteriores, quando obtinent primum locum in ſucceſsione, poßunt deducere legitimam, & deinde Trebellianicam, ſi ſint grauati fideicommiſſo conditionali? num. 1476.

Reſolutio de Trebellianica vltra legitimam per filios, & nepotes detrahenda in fideicommißo conditionali, locum habet etiam quando legitima continet dimidium hæreditatis, licèt aliqui repugnent; num. 1477. *Et vtrum etiam locum habeat, quando teſtator juberet Trebellianicam in legitimam imputari? ibid.*

Vtrum etiam aſcendentes, vltra legitimam ipſis debitam in bonis deſcendentium, poſsint detrahere Trebellianicam in fideicommiſſo conditionali, quo à deſcendentibus fuerint grauati? numer. 1478.

Vtrum juris diſpoſitio de Trebellianica vltra legitimam detrahenda locum etiam habeat in detractione Falcidiæ? numer. 1479. *& ſeq.*

Doctrina ſupra tradita de Trebellianica vltra legitimam detrahenda locum non habet vbi lege, aut conſuetudine alicujus regni contrarium fuerit diſpoſitũ, vt in Caſtella, & Luſitania; numer. 1481.

Quo tempore debeatur, & detrahatur Trebellianica? num. 1482. *& ſeq.*

Materia hæc detractionum magna ex parte in ſuperioribus profligata eſt; quia in primis de ijs, quæ grauatus poteſt detrahere, eoquod ex præſumpta ſaltem voluntate teſtatoris nõ veniunt in reſtitutionem fideicommiſsi, diximus ſatis *à* §. 12. Deinde pro ijs, quæ grauatus detrahere poteſt, alienando de bonis fideicommiſsi, abſque onere reſtituendi pretium, vel alio modo ea compenſandi fideicommiſſario, ſatis etiam *ſupra* § 6. *& tribus ſeqq.* dictum eſt. Quare pauca admodum ſuperſunt detractiones quarum ſpecialis mentio hoc loco facienda ſit. Earum præcipua eſt celebris detractio quartæ Trebellianicæ; in qua aliquantulùm immorabimur: tum deinde facili negotio reliquas expediemus.

Pro Trebellianica ergo quæritur primò, quid ſit? Reſpondetur, eſſe quartam partem hæreditatis, vel portionis hæreditariæ, quam hæres in tota, vel in quota tantùm inſtitutus, cum onere eam reſtituendi, detrahere, & retinere poteſt, auctoritate Senatusconſulti Trebelliani, prout habetur, & magis declaratur, *in* §. *Sed quia ſtipulationes; Inſtit. de Fideicommiſſ. hæredit.* eſtque explorati juris, vt dicitur *in l. Poſt mortem, Cod. de Fideicommiß.* Fuit autem conceſſa hujuſmodi detractio, vt hæredes grauati inuitarentur ad hæreditatem acceptandam; nam ſi nullum, aut minimum lucrum eſſent reportaturi, eam vtique recuſaſſent, & ipſa fideicommiſſa interijſſent, vt olim frequenter eueniebat, antequam hæc detractio inuenta eſſet, vt dicitur in §. *Sed quia hæredes ſcripti, Inſtit. de Fideicommiß. hæredit.* vbi hæc ratio redditur. 1437

Quæritur ſecundò, in quo Trebellianica differat à Falcidia? Reſpondetur, differre in eo, quod Falcidia deducitur ex legatis, & fideicommiſsis particularibus, quatenus excedunt dodrantem, ſeu tres quartas hæreditatis, in qua grauatus eſt inſtitutus: Trebellianica verò deducitur ex fideicommiſsis, & legatis vniuerſalibus, quatenus eundem exceſſum habent; hoc addito diſcrimine, quod Falcidia computatur, & deducitur, deducto priùs ære alieno, impenſâ funeris, & pretio manumiſſorum, § *vltim. Inſt. Ad leg. Falcid.* In Trebellianica verò nihil horum deducitur, ne ipſa quidem legata, *l. vltim. Cod. Ad Trebel.* Et ratio diſcriminis eſt, quia onera non tranſeunt in legatarios, & fideicommiſſarios particulares, *l. vltim. Cod. de Hæreditarijs actionibus,* tranſeunt autem in vniuerſales, *l. Poſtulante,* §. 1. *Ad fin. ff. Ad Trebel.* 1438

Diſ-

Differunt præterea hæ quartæ, quia Falcidia detrahitur ſpectata quantitate patrimonij tempore mortis teſtatoris, ita vt Falcidiæ ſit locus, ſi tunc legata dodrantem excedant, licet poſtea hæreditas jacens creuerit adeo vt omnibus legatis ſolutis, plus quartâ ſuperſit: & econtra, locus ipſi Falcidiæ non ſit, ſi tunc legata dodrantem non excedebant, licèt poſtea bona decreuerint, §. 3. *Inſt. Ad leg. Falcid. l. 30. & l. 73. ff. eod. tit.* Trebellianica vero deducitur ſpectata quantitate patrimonij, temporequo hæreditas reſtituenda eſt: quia incrementa bonorum augent quartam, & in eam imputantur, *l. Mulier, §. 2. fine, ff. Ad Trebel.* damna, & decrementa minuunt, *l. Deducta, §. Ante diem, fine, ff. eod.* Cum autem Trebellianica poſt Falcidiam ad ejus exemplum inducta ſit, adeo in cæteris cum ea conuenit, vt in jure Ciuili ne nomine quidem diſcriminentur ſæpiſsime: namque Falcidia pro Trebellianica vſurpatur, vt *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari, & in l. Titia, ff. Ad leg. Falcid.* & *l. Ita tamen, §. Trebellianum, & l. Ex aſſe, & l. Si patroni, §. Qui fideicommiſſariam, ff. Ad Trebel.* à juris verò interpretibus Trebellianica dici conſueuit, ſumpto vocabulo à dicto S. C. Trebelliano, cujus auctoritate detrahitur. Nullibi autem in jure Ciuili hoc vocabulum reperitur, ſed ſolùm in jure Canonico *in c. Raynaldus, de Teſtam.*

1439 Quæritur tertiò, quinam grauati poſſint detrahere Trebellianicam? Reſpondetur, quòd poſſunt eam detrahere hæredes grauati fideicommiſſo vniuerſali. Eſt reſolutio apud omnes indubitata, per textus *ſupra citat.* cum multis alijs concordantibus. Intelligenda verò eſt, de hæredibus grauatis reſtituere abſque deductione ad eorum commodum. Nam ſi hæres inſtitutus in totum, rogatus ſit reſtituere trientem, ſemiſſem, aut dodrantem, nihil ex tali fideicommiſſo detrahit; ſiquidem ex ipſa inſtitutione habet, & retinet quadrantem, id eſt quartam partem hæreditatis: atque idem eſt, cùm quis rogatur reſtituere hæreditatem, deducta re aliqua, quæ illius quadrantem implet, *§. Siquis vna, & §. Nihil intereſt, Inſt. de Fideicommiſſar. hæredit.*

1440 Prædicta reſolutio ſic explicata locum habet in poſſeſſore bonorum grauato reſtituere, *l. 1. §. Hoc autem, ff. Ad Trebel.* eſt enim loco hæredis, *§. Quos autem, Inſt. de Bonor. poſſeſ.* Item in eo, qui quoquo modo eſt vniuerſalis ſucceſſor ex teſtamento, vel ab inteſtato, ſi vniuerſaliter ſit grauatus, *d. §. Hoc autem, & l. Filiusfamiliâs, ff. Ad leg. Falcid.* Item in eo, qui ex perſona inſtituti factus eſt hæres reſtituere grauatus, vt pater ex perſona filij, dominus ex perſona ſerui, & monaſterium ex perſona monachi, *l. Cum filiofamil. ff. de Leg. 1.* Item in hærede hæredis, ad quem hæreditas grauata onere fideicommiſsi tranſmiſſa eſt; quia in illum etiam tranſit jus deducendi quartas, quòd defuncto competebat, *l. Quamquam, Cod. Ad leg. Falcid.* vbi Barth. Bald. Salic. Paul. de Caſtr. & alij. Item in Fiſco, quando ab indigno abſtulit hæreditatem reſtitutioni obnoxiam, vel quando publicatis bonis grauati in ejus juribus ſucceſsit, Bald. *conſil. 8. lib. 4.* Roland. *conſil. 31. numer. 33. lib. 1.* & cum alijs Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 3. numer. 4. fine, & tract. de Iure Fiſci, tit. de Publicat. bonor. num. 79.*

1441 Qui autem non eſt rogatus reſtituere, vt hæres, ſed vt legatarius, vel fideicommiſſarius, etiam ſi titulum habeat vniuerſalem, vt legatarius hæreditatis, ſiue totius, ſiue partis, & fideicommiſſarius vniuerſalis, non detrahit Trebellianicam à ſublegatarijs, vel ſubfideicommiſſarijs, vt eſt caſus *in l. 1. § Inde Neratius, in l. Cogi, §. Mætianus, in l. Mulier, §. fin. & in l. Ex aſſe, ff. Ad Trebel.* & ita per hæc jura tradit relatis alijs Peregrin. *d. art. 3. num. 5.* idemque eſt in Falcidia, quia legatarius à ſublegatario Falcidiam non detrahit, *l. Lex Falcidia, §. Numquam, ff. Ad leg. Falcid.* Et ratio eſt, quia licèt primus legatarius, vel fideicommiſſarius, rem capere nolit, aut non poſsit, non propterea perit teſtamentum, neque

quòd ab eis relictum eſt ſequenti legatario, vel fideicommiſſario; ſiquidem ad ſuſtinendum teſtamentum, ſatis eſt quod hæreditas adeatur per hæredem; & penes hunc remanet illud relictum cum onere reſtituendi ſequentibus vocatis, *l. Celſus, in princip. l. Si alienis, l. Cum pater, §. Cum pater, ff. de Legat.* 2. *l. vnica, §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. tol.* & ita ceſſat ratio, ob quam detractio Trebellianicæ, & Falcidiæ inducta eſt: ſiquidem fuit inducta, ne teſtamentum, & omnis teſtatoris voluntas periret, nolente hærede abſque alio lucro hereditatem adire.

1442 Si tamen hæres in gratiam primi fideicommiſſarij Trebellianicam non detraxit, quando hæreditatem ei reſtituit; in tali caſu poterit ipſe fideicommiſſarius quartam illam detrahere à ſubfideicommiſſario ſibi ſubſtituto, *d. l.* 1. *§. Inde Neratius, ff. Ad Trebel.* Vtrùm autem hæres nolens Trebellianicam detrahere, præſumatur eam remittere in gratiam ipſius primi fideicommiſſarij, ſeu eam ei donare? Affirmant quamplures, quos refert, & ſequitur Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 198. *num.* 40. inter quos numeratur Accurſ. & Barth. Mouentur, quia qui ſcienter ſoluit indebitum, dicitur donare, & ideo id non repetit, *l.* 1. *ff. de Condict. indeb. l. Cujus per errorem, ff. de Regul. jur.* Hanc opinionem communem dicit Menoch. *num.* 41. addens, difficilè ab ea in judicijs recedendum. Contrariam nihilominus tenent non pauci apud eundem Menochium, *d. numer.* 41. niſi extet aliqua conjectura donationem ſuadens; vt ſi primus fideicommiſſarius ſit filius teſtatoris, vel aliàs ſanguine, aut magnâ amicitiâ ei conjunctus. Quod etiam ſentit Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 6. dicens ita tenere Gloſ. & DD. *in d. §. Inde Neratius.* Quæ quidem opinio eſt ſatis probabilis. Ego autem a priori communi non recedo.

1443 Vult etiam Menoch. *ſupra, num.* 43. cum Salic. & Marchabrun. quos refert, quod etiam quando hæres eſt prohibitus detrahere Trebellianicam, poteſt primus fideicommiſſarius illam detrahere a ſubfideicommiſſario. Quæ opinio fundatur in præſumpta voluntate teſtatoris & videtur ſatis probabilis. Addit prætcrea idem Menoch. *num.* 44 poſt alios, quos refert, poſſe etiam fideicommiſſarium Trebellianicam detrahere quando hæres grauatus adiuit hæreditatem coactus, cum is beneficium illius quartę amittat. Id quod etiam tradit Peregrin. *d. art.* 3 *num.* 6. *& art* 4. *num.* 45. per *l. Qui* 400. *& l. Marcellus, in princip. & l. Si patroni, § Qui fideicommiſſariam, ff. Ad Trebel.* Verùm hoc ſanè debet intelligi; quia vt bene aduertit Peregrin. in hoc caſu fideicommiſſarius, qui hæredem adire compulit, illam quartam non detrahit à ſuo confideicommiſſario, *l. Cogi, §. Martianus, & l. Ex aſſe, ff. eodem*, neque à ſubfideicommiſſario ſibi ſubſtituto, *d. l. Si patroni, §. Qui fideicommiſſariam:* neque etiam detrahit Falcidiam de legatis à ſe ipſo nominatim relictis, *l.* 1. *§. Si is qui* 400. *& §. fin. ff. eod.* bene autem de legatis relictis ab hærede coacto adire, vel ſimpliciter relictis, vt eſt caſus *in d. l. Marcellus, & d. §. Qui fideicommiſſariam*, vbi Barth. & alij.

Plures autem ſunt caſus, in quibus eti- 1444
am in ipſo hærede grauato ceſſat Trebellianicæ detractio. In primis enim ceſſat quoties per legem reperitur remiſſa. Vnde ceſſat primo, quando hæres aliquo modo fideicommiſſum euertere curauit, aut legata relicta: talis enim indignus exiſtimatur, qui Trebellianicam, vel Falcidiam detrahat. Caſus eſt *in l. Beneficio, ff. Ad leg. Falcid.* vbi Gloſ. & ſcribentes id variè exemplificant. Idem eſt de hærede, qui ex teſtamento recuſauit adire, & compulſus adijt. Item in hærede qui intra annum monitus, non implens diſpoſita per teſtatorem, hæreditate priuatur. Item in eo, qui fidem præſtitit de reſtituenda hæreditate alicui incapaci; prout hæc omnia ex jure tradit Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 59. Ceſſat ſecundò in eorum teſtamentis, vbi Falcidia non detrahitur, *l. Marcellus, § Quod autem, ff. Ad Trebel.* Unde cùm in teſtamento militis ceſſet Falcidia, *l. In teſtamento, Cod.*

Cod. de Teſtament. milit. l. In teſtamento, Cod. Ad leg. Falcid. conſequens eſt vt etiam in illis teſtamentis, locum non habeat Trebellianica, vt tenet Gloſ. & communiter ſcribentes *in d. l. 1. §. In filij, ff. Ad Trebel* Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap. 29.* & Peregrin. *d. art. 3. numer. 60.* Similiter tam Falcidia, quàm Trebellianica ceſſat in teſtamento ad cauſas pias, vt relatis plurimis tradit Tiraq. *de Priuileg. cauſæ piæ, priuileg. 26.* Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 187. prope fin.* & Peregrin. *ſup. num. 61. & ſequent.* Utrùm autem id procedat, licèt hæres non ſit rogatus reſtituere immediatè ipſi cauſæ piæ, ſed mediatè poſt alios fideicommiſſarios? Vide apud eundem Peregrin. *num. 64. & ſeqq.* vbi nonnullis etiam adhibet limitationes principalis reſolutionis. Quarum vna eſt, quando cauſa pia inſtituta grauatur reſtituere, alteri cauſæ piæ; licèt aliqui apud eumdem Peregrin. *num. 69. & 70.* refragentur cùm illo autem conſentiunt Emmanuel à Coſta *in cap. Si pater, verb. Trebellianicæ, num. 13.* & Molina *vbi ſupra.* Ceſſat tertiò, juxta multorum opinionem, in hærede, qui inuentarium non confecit, cum is Falcidiam amittat, *§. Si verò, non fecerint, Auth. de Hæred. & Falcid.* At contrariam ſententiam tenent plerique, quos latè refert eos ſequens Peregrin. *d. art. 3. num. 74. & ſeqq.* ubi etiam diſputat, vtrùm ſi hæres inuentarium faciat, & res aliquas hæreditarias ſcienter, ac doloſè ſupprimat, Falcidiam, ac Trebellianicam amittat? Qua in re varij ſunt DD. ipſe autem Peregrin. negatiuam ſententiam magis probat: illum conſule.

1445 Ceſſat præterea detractio hujus quartę ex ſpecialiſſima ratione in hærede fiduciario, id eſt, qui non ſui contemplatione, ſed alterius gratiâ inſtitutus eſt, & rogatus poſt certam, vel incertam diem hæreditatem ei reſtituere. Hic enim fructus interim perceptos non facit ſuos, nec Trebellianicam detrahit; & talis fideicommiſſarius, quamuis ante diem decedat, fideicommiſſum nihilominus ad ſuos hæredes tranſmittit. Caſus eſt *in l. Seius Saturninus, ff. Ad Trebel & in l. Fideicommiſſi, §. Cum Pollidius, ff. de Vſuris,* & ita notarunt Bald. *in l. Poſt mortem, num. 7. Cod. de Fideicommiſſ.* Angel. *in d. §. Cum Pollidius,* Paul. de Caſtr. *in d. l. Seius Saturninus,* & ibi Alex. Gloſ. *in l. In fideicommiſſariam, §. fin. ff. Ad Trebel.* & ibi Rom. Imol. Alex. & Ripa *num. 8.* Qui autem hæres ſit fiduciarius? Colligendum eſt ex cauſa, & verbis teſtamenti, vt ex Baldo notat Peregrin. *d. art. 3. num. 19.* qui magis id declarans addit cum alijs, videri, ad hoc neceſſaria eſſe hæc quatuor: Primum, quòd fideicommiſſarius ſit de liberis teſtatoris. Secundum, quòd agatur de reſtituenda hæreditate, non de particulari relicto. Tertium, quòd hæres ſcriptus ſit amicus teſtatoris, de quo fiduciam habuerit. Quartum, quòd conditio fideicommiſſarij præbuerit cauſam differendi illi hæreditatem. Cæterùm, idem Peregrinus admittit, quod etiam in gratiam perſonæ, valde dilectæ à teſtatore intelligi poteſt, inſtitutum eſſe hæredem fiduciarium per text. *in l. Lucius, §. Hæredem, ff. Ad Trebel, & in l. Cum ita, §. Pegaſus, ff. de Leg. 2.* Qua de re in facto conſuluit Barthol. *conſil. 8. & ſeq.*

Ceſſat ſimiliter, quando pater, vel do- 1446
minus rogatus eſt reſtituere hæreditatem filio, vel ſeruo hæredi inſtituto, cùm ſui juris erit, ex cujus perſona, ipſe pater vel dominus commodum perceperat; tunc enim pater, vel dominus reſtituens Trebellianicam non detrahit, vt eſt text. *in l. Cum filiofamiliâs, ff. de Leg. 1.* Item in caſu, quo hæres extra teſtamentum fidem dedit de hæreditate reſtituenda, Trebellianicam non detrahit, vt notat Peregrin. *d. art. 3. num. 18.* per text. *in l. Quidam cum filium, ff. de Hæred. inſtit.*

Ceſſat quoque citra dubium tam Tre- 1447
bellianica, quàm Falcidia, ſi ab ipſo hærede remittatur, cùm inducta ſit in ejus fauorem, cui licet renuntiare, poteſt. Et videbitur remiſſa, non ſolùm quando ille expreſſerit, ſe eam remittere, ſed etiam quando ſcienter omnia bona reſtituerit, vel permiſerit fideicommiſſarium ea habere,

bere, & poſsidere; prout hęc omnia latiùs tradit, & declarat Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 123. *& ſeq.*

1448 Quando autem hæres has quartas remitrit, non cenſetur donare, vel proprium patrimonium minuere, ſed exequi plenius voluntatem defuncti, à quo ſimpliciter grauatus eſt hæreditatem, vel bona ipſius defuncti reſtituere, *l. Si ſponſus, §. Si quis rogatus, ff. de Donat. inter vir. & vxor. l. Patrem, & l. ſeq ff. de His quæ in fraud. credit* & notant Oſuald. *in not. ad Donel. encl. lib. 7. cap.* 29. *lit. D.* & Peregrin *ſup. numer.* 125. qui inde aduertit, non poſſe talem remiſsionem reuocari à creditoribus, in quorum fraudem fuerit facta, vt in dictis juribus habetur. Et idem videtur eſſe, licèt hæres ante caſum fideicommiſsi res ipſas fideicommiſſario cum fructibus reſtituat in præjudicium creditorum, vt poſt alios aduertit idem Peregrin. *num.* 127. licèt ea præmatura reſtitutio ſequenti ſubſtitutio non noceat, ſi fortè ſubſtitutio primi efficiatur caduca, primo ante hæredem moriente.

1449 Ceſſat denique quando teſtator expreſſe, vel tacitè detractionem Trebellianicæ prohibuiſſet, nam tunc non poſſet grauatus eam detrahere, juxta multos DD. qui tenent, poſſe hodie à teſtatore Trebellianicam prohiberi, quemadmodum Falcidiam: quæ ſententia quàm ſit probabilis, & quouſq; admitti debeat ſequenti quæſtione aperietur.

1450 Quarto igitur quæritur, vtrùm teſtator prohibere poſsit detractionem Trebellianicæ? Spectato jure antiquo certum eſt apud omnes, neque Trebellianicam; neque Falcidiam prohiberi à teſtatore potuiſſe: vt conſtat per *l. Quod de bonis, §.* 1. *ff. Ad leg. Falcid. l. Seius, & Augerius, & l. Titia, ff. eod. & l.* 1. *§. Deinde, verſ. Inde Neratius, ff. Ad Trebel.* Quare tota difficultas eſt, ſpectato jure nouo; circa quod variè ſentiunt DD. ac prima ſententia eſt, etiam hoc jure ſpectato, non poſſe hodie Trebellianicam prohiberi à teſtatore. Ita poſt Gloſ. *in Auth. Sed cum teſtator, verb. Ceßat, C. Ad leg. Falcid.* & alios antiquiores, tenent Stephanus Forcatulus *Dial.* 45. Fachin. 5. *controu.* 4 Anton Fab. 11. *de Error. pragmat.* 6. Chiflat. *de Port. legit. cap.* 16. *pag.* 849. & Dominicus Aiumæus *Exercit. Iuſtin* 9. *lib.* 10. quos citat, & ſequitur Oſuald. *in notation. ad Donelum enucleatum lib.* 7. *cap.* 19. *lit. A.* Fundamentum eſt, quia licèt jure nouo concedatur teſtatori, vt poſsit prohibere detractionem Falcidiæ, *§. Si verò expreſſim, Authent. de Hæred. & Falcidia, d. Auth. Sed cùm teſtator, Cod. Ad leg. Falcid.* nullibi tamen reperitur permiſſum, vt poſsit prohibere Trebellianicam: vnde cùm jure antiquo denegata illi ſit facultas eam prohibendi, etiam hodie jus illud viget, nec debet intelligi correctum per dictum jus nouum, quo permiſſa eſt prohibitio Falcidiæ, cùm lex correctoria ſit odioſa, nec vltra ſuos terminos extendi debeat.

Contraria tamen ſententia eſt com- 1451
muniſsima: eam tenent Gloſ. Odofr. Iacob de Aretin. Petr. Cyn. Rayner. Barth. Bald. Angel. Salic. Nicol. de Neap. Imol. Cuman. Socin. Alex. Aret. & alij, quos refert Iaſ. *in l. Marcellus, num.* 38. *ff Ad Trebel.* ſequuntur Couar. *in cap. Raynaldus, §.* 3. *ſub num.* 6. Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 11. Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 11. Gregor. Lop. *in l.* 6. *tit.* 11. *part.* 6. Emman. Coſta *in cap. Si pater,* 2. *q. verb. Trebellianicæ, num.* 11. *de Teſtament. num.* 6. Iul. Clar. *lib* 3. *Sentent. §. Teſtamentum, q* 62. Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 11. *num.* 7. Donel. *lib.* 7. *de Iure Ciuili, cap.* 29. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 198. *numer.* 4. Menchaca *lib.* 1. *de Succeſſ. creat. §.* 8. *numer.* 5. *& ſeq. & lib* 3. *de Succeſſ. progreßu, §.* 26. *num.* 26. Peregrin. *d. art.* 3. *num* 89. vbi dicit eſſe veriſsimam ſententiam, & ſæpè in practica ſe eam vidiſſe receptam; Anton. de Petra *de Fideicommiß. q.* 15 *num.* 151. *& ſeq.* Molin. Theol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 176. *verſ. Dubium eſt num teſtator,* & alij. Probatur, quia cùm jure nouo conceſſum ſit, vt

Fal-

Falcidia prohiberi poſſit, ibi etiam Trebellianica comprehenditur: nam hæ quartæ in jure æquiparantur, adeo vt in jure Ciuili Falcidię nomine ipſa Trebellianica denotetur, vt vidimus ſupra *numer.* 1438. minúſque odioſa eſt prohibitio Trebellianicæ, quia per eam minùs grauatur hæres, quàm per prohibitionem Falcidiæ, ſiquidem hac ſublata adhuc nihilominus hæres manet obſtrictus creditoribus, non ita verò ſublatâ Trebellianicâ: & ideò ſi permittitur prohiberi Falcidiam, permiſſa etiam cenſeri debet prohibitio Trebellianicæ. Neç obſtat quòd in contrarium adducitur, legem correctoriam non extendi vltra terminos: nam cū nomine Falcidiæ etiam Trebellianica denotetur, & comprehendatur, lex corrigens in terminis Falcidiæ non debet cenſeri vltra illos extendi, ſi etiam de Trebellianica intelligatur, & hæc ſententia mihi etiam magis probatur, atque eâ ſuppoſitâ, poteſt dicta prohibitio fieri, non ſolùm in teſtamento, ſed etiam in codicillis, vt relatis multis tradit Menoch. *d. præſumpt.* 198. *num.* 6. & Peregrin. *dict. art.* 3. *ſub num.* 121. licèt aliqui diſſentiant.

1452 Adhuc tamen eſt dubium, an requiratur expreſſa prohibitio, vel ſufficiat tacita, ad hoc vt ejuſmodi detractio ceſſet? Nonnulli ſentiunt, ſufficere tacitam, quia cùm hodie Trebellianica, & Falcidia prohiberi poſſit à teſtatore, ſequitur, quòd non detrahitur contra voluntatem teſtatoris, ſed illo volente, aut permittente, quatenus permittere cenſetur, qui cùm prohibere poſſet, non prohibuit: ſi autem non ſufficeret tacita prohibitio, jam contra voluntatem ipſius teſtatoris, nempe tacitè eam prohibentis, detrahi poſſet: ne igitur hoc admittatur tenendum videtur ſufficere prohibitionem tacitam.

Nihilominus requiri prohibitionem expreſſam, ex qua liquidò conſtet, teſtatorem nolle quartam illam deduci, tenent meritò plerique DD. quorum plures refert eos ſequens Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 87. *& ſeqq.* ſequitur etiam dicens ita multos tenere Molina Theol. *d. diſp.* 187. *verſ. Vtrum verò ſatis.* Et probatur facilè, quia per jus nouum *in d. Auht. de Hæred. & Falcid.* §. *Si verò expreſſim,* ſolùm conſtituitur, vt ceſſet hujuſmodi detractio, ſi teſtator eam expreſſe prohiberet: vnde cùm hoc jus ſit correctorium juris antiqui, ex quo nulla teſtatoris prohibitio illam detractionem impediebat, intelligi non debet, ſufficere hodie tacitam prohibitionem; ſed requiri neceſſariò expreſſam: cùm jus correctorium extra ſuos terminos extendi non debeat.

1473 Nec fundamentum contrariæ ſententiæ vrget: nam vt omittam, multos cum Barthol. *in l. Nemo poteſt, num.* 7. *ff. de Leg.* 1. velle quòd etiam hodie Trebellianica, ſi non eſt expreſsè prohibita, deducitur contra teſtatoris voluntatem; ſatis expeditè juxta alios reſpōdetur, quòd ſuppoſitâ neceſsitate exprimendi prohibitionem juxta dict. jus nouum, eo ipſo quòd teſtator hanc detractionem expreſſè non prohibuit, cenſetur voluiſſe eam permittere; cùm quilibet intelligatur velle ſe conformare cum diſpoſitione legum. Vnde quando teſtator grauat ſimpliciter hæredem fideicommiſſo vniuerſali, licèt intelligatur velle, vt ille reſtituat vniuerſam hæreditatem, talis voluntas non eſt abſoluta & efficax, ſed inefficax & veluti conditionalis, nempe ſub conditione, ſi ille nolit vti beneficio legis, quæ detractionem Trebellianicæ illi permittit. Juxta quam declarationem, quando grauatus illam detractionem remittit, rectè dicitur quòd plenius exequitur voluntatem defuncti, *d. l. Patrem, ff. de His quæ in fraudem credit. d. l. Si ſponſus,* §. *Siquis rogatus, ff. de Donat. inter vir. l. vltim. Cod. ad l. Falcid.* Si tamen eam quartam detrahat, non propterea dicetur facere contra voluntatem defuncti, cùm is ſolùm pro caſu quo ille nolit vti legis beneficio, velle intelligatur vt totum reſtituat. Et hac ratione credo conciliari poſſe DD. qui dicunt, detrahi hodie Trebellianicam contra voluntatem defuncti, quando non eſt expreſſe ab eo prohibita: intelligi enim debent, de voluntate,

qua

qua teſtator mallet, vt detractio non fieret: quod à nobis non negatur.

1454 Cæterùm cùm prohibitio Trebellianicæ poſsit eſſe expreſſa verbis ſpecialibus, vel ſolùm generalibus, vt cùm teſtator diceret; *Reſtituat totam*, vel, *vniuerſam hæreditatem*, vel, *omnia bona*, aut, *vniuerſa bona*; dubitari vlteriùs ſolet, vtrùm ſufficiat prohibitio verbis generalibus expreſſa? Qua in re variè, & confuſè admodum loquuntur DD. Quare, omiſsis alijs dicendi modis, placet reſolutio, quam cum Paulo de Caſtr. Corn. Aret. Socin. iun. Bellon. Eugen. Peruſino, Rui. & alijs, tradit Peregrin. *dict. art.* 3. *num*, 88. requiri prohibitionem per verba ſpecialia, vel quæ de neceſsitate inferant prohibitionem. Quod etiam in re ipſa ſentit Molina Theolog. *d. diſp.* 187. §. *Vtrùm verò*, vbi licèt aſſerat, ſufficere prohibitionem expreſſam verbis generalibus, addit debere eſſe ita expreſſam, vt de mente teſtatoris dubitandum non ſit; pro qua ſententia refert Molinam iuriſtam, Iul. Clar. & multos alios poſt Barthol. Ratio verò noſtræ reſolutionis eſt, quia vbi lex requirit aliquid expreſsim fieri, neceſſaria eſt ſpecialis expreſsio, nec ſufficit per verba generalia id denotari, *l. fin.* §. *Omnem*, *Cod. de Adminiſtr. tut.* vbi Barthol. id aduertit: neque quod ex antecedentibus, vel conſequentibus colligatur: nam quod ita colligitur, eſt tacitum, Aret. *in l. Certi*, per illum text. *Cod. de Teſtament. milit.*

1455 Ex quibus concludit Peregrin. *d. num.* 88. quod licet verba illa; *Totam hæreditatem*, vel, *Omnia bona*, vel, *Vniuerſa bona*, & ſimilia, videantur continere in ſua generalitate prohibitionem Trebellianicæ (ſiquidem ea detractâ non verificatur, quod tota hæreditas reſtituitur) attamen non ſufficiunt, ad hoc vt ex eis reſultet prohibitio, quæ dicto iure nouo eſt neceſſaria ad hoc vt illa detractio impediatur; cùm formaliter, & ſpecificè talem prohibitionem non contineant. Si autem appoſita eſſent verba, quæ videri non poſſent in alium ſenſum prolata, quàm ad prohibendam Trebellianicam, vt; *Reſtituat ſine diminutione, ſine detractione*, & ſimilia; tūc ſufficienter dictam prohibitionem exprimi, & Trebellianicam ceſſare, fatetur tanquam indubitatum idem Peregrin. *num.* 89. cum Galiaul. Paril. Alciat. & alijs. Atque idem ſentit, quando teſtator dixiſſet, vt tota, & integra hæreditas reſtitueretur. Quod etiam relatis plurimis tradit Menoch. *lib* 4. *præſumpt.* 198. *num.* 14.

1456 Vtrùm autem, ſi teſtator prohibeat alienari bona; talis prohibitio ſufficiat, vt Trebellianica, & Falcidia neceſſariò, & expreſsè videatur prohibita? Affirmant communiter DD. quia ipſamet detractio harum quartarum eſt quædam alienationis ſpecies, ad text. *in* §. *Si quando*, *Auth. Si ſponſalitia largitas*, & *in Auth. Sed & in ea*, *Cod. Ad leg. Falcid.* vbi quoad Falcidiam eſt caſus expreſſus. Admittit autem hæc reſolutio plures limitationes, & explicationes, quas latè, & eruditè affert Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 91. & *ſeqq.* in quibus immorandum non puto, ſicut nec in alijs caſibus, quos tum ipſe Peregrin. tum Menoch. *d. præſumpt.* 198. & alij permulti afferunt, & examinant, vtrùm ex mente teſtatoris prohibitionem Trebellianicæ, vel Falcidiæ contineant? Illud tantùm aduerto, juxta ſupra dicta, non ſatis eſſe, videri per conjecturam, vel alio modo, mentem teſtatoris eſſe, detractionem illarum quartarum inhibere, ad hoc vt illæ detrahi non poſsint; ſed oportere vt neceſſariò ex verbis teſtatoris concludatur, eam fuiſſe illius mentem. Id quod Peregrin. cum Paulo de Caſtro, & multis alijs aduertit, *dict. artic.* 3 *numer.* 88.

1457 Denique circa principalem reſolutionem, quod Trebellianica poteſt prohiberi à teſtatore, magna controuerſia eſt, vtrùm etiam filijs primi gradus poſsit teſtator hanc detractionem prohibere? Negant plerique, quos longo ordine referunt, & ſequuntur Mantica *lib.* 7. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 11. *num.* 6. & Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 3. *numer.* 107. & *ſeqq.* per text. *in l. Iubemus*, *in princip. Cod. Ad Trebel.* vbi pro caſu, quo

qui-

quidam ex filijs teſtatoris grauati ſunt reſtituere portiones ſuas alijs filijs ejuſdem teſtatoris, ſic habetur; *Iubemus, vt omnibus modis, retentâ quartâ pro authoritate Trebelliani Senatuſconſulti, non per imputationem redituum (licèt hoc teſtator rogauerit, vel juſſerit) ſed de ipſis rebus hæreditarijs dodrans reſtituatur.* Cui textui aiunt non derogari per Iuſtinianum *in dict. Auth. de Hæred. & Falcid. §. Si verò expreſſim,* ex quo ſumpta eſt Auth. *ſed cum teſtator, Cod. Ad leg. Falcid.* vbi Imperator generaliter ſtatuit, vt Falcidia, atque adeo & Trebellianica prohiberi poſſet à teſtatore, cùm antea talis prohibitio non permitteretur. Nam cùm Imperator hic loquatur generaliter & indiſtinctè, intelligi non debet voluiſſe derogare ſpeciali priuilegio filijs antea conceſſo in *dict. l. Iubemus,* ne Trebellianica illis prohiberi poſſet; quia lex poſterior generaliter diſponens, non derogat anteriorem ſpecialiter in eadem materia diſponentem, ſed per eam reſtringitur, Gloſ. & DD. *in l. Sciendum, ff. Qui ſatiſd. cog* juxta *l. Sed, & poſteriores, ff. de Legib.* & tradit latè Sanch. *lib. 2. de Matr. diſp. 24. num. 6.*

Contrariam tamen ſententiam tenent
1458 etiam multi apud Peregrin. *d. num.* 107. *poſt med.* quos ex recentioribus ſequuntur Molina Iuriſta *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 17. *numer.* 12. Emmanuel Coſta *in cap. Si pater, p.* 2. *verb. Trebellianicæ, numer.* 12. *& ſequentib. de Teſtament. in* 6. & Molina Theol. *dict. diſp.* 187. *paulo ante finem,* & Menoch. *dict. præſumpt.* 198. *numer.* 5. Probant quia *in d. l. Iubemus,* non ſtatuitur, vt pater nequeat prohibere filijs deductionem Trebellianicæ, cùm hoc jam antea generaliter eſſet conſtitutum pro quibuſcumque hæredibus in vniuerſo grauatis, vt ſupra vidimus; ſed ſolùm ſtatuitur, vt tales filij non teneantur imputare in ea quarta fructuum, quos ex rebus hæreditarijs perceperint, etiamſi pater id juſſerit; quod antea illis conceſſum non erat; ſiquidem abſque exceptione conſtitutum erat, vt fructus judicio teſtatoris percepti in Trebellianica imputarentur, *l. Mulier, §. Si hæres, ff. Ad Trebel.* Ergo quod poſtea per jus nouum generaliter conſtitutum eſt, vt teſtator prohibere poſſit detractionem Trebellianicæ, non reſtringitur per *dict. l. Iubemus,* cùm ibi nihil ſpeciale in contrarium ſtatuatur; ſed corrigit ſimpliciter jus antiquius, quo generaliter conſtitutum erat, vt illa detractio prohiberi non poſſet: vnde ſicut ſub generalitate illius juris etiam filij teſtatoris olim continebantur, ſic nunc ſub generali ejuſdem juris correctione jure nouo inducta comprehenduntur: & conſequenter ſolùm hodie ſtat, quòd quando Trebellianica illis prohibita non eſt, non tenentur imputare in ea fructus perceptos, ſed vltra ipſos fructus poſſunt illam integrè deducere ex rebus hæreditarijs, juxta *d. l. Iubemus.*

Videtur autem hoc fundamentum fa- 1459
cilè excludi poſſe ea ratione; quia hoc ipſo quòd *in dict. l. Iubemus,* ſpecialiter inſtitutum eſt, vt filius non teneretur imputare in Trebellianica fructus perceptos, etiamſi pater id juberet, ſpecialiter etiam per eandem legem cenſetur conſtitutum, vt pater non poſſet ipſam Trebellianicam filijs prohibere; quia qui non poteſt diminuere, multò minùs poteſt tollere in totum, *l. Videamus, ff. de In lit. jur. l. Si optio, ff. Qui & à quibus:* vnde ſi ex *d. l. Iubemus,* pater non poteſt vllo modo, etiam per imputationem fructuum, diminuere filijs dictam quartam ex rebus hæreditarijs detrahendam, à fortiori ex eadem lege non poteſt eam ſimpliciter tollere: nam ex lege eſt, quod ex verbis & ſententia legis deducitur, *l. Nominis, & rei, §. Verbum ex legibus, ff. de Verbor. ſignific.* Nec dubitandum eſt, hoc ipſum ſpeciali fauore filiorum conſtitutum eſſe, ad hoc vt omnibus modis integram Trebellianicam retinerent, vt in eadem *l. Iubemus,* exprimitur. Ergo cùm fauor ſpecialis non tollatur per legem poſteriorem in generali diſponentem, vt ſupra notatum eſt, fateri debemus, quòd per dict. jus nouum generaliter diſponitur, vt teſ-

tator poſsit prohibere Trebellianicam, non tollitur quòd filijs primi gradus non poſsit vlla ratione prohiberi *ex dict. l. Iubemus* id ſpecialiter ſtatuente. Quam argumentationem deſumptam ex Socin. jun. approbat Peregrin. *dict. art.* 3. *numer.* 108. *poſt med.* & confirmat præterea, quia ſi teſtator non poteſt jubere filio, vt fructus imputet in quartam Trebellianicam, quod eſt minus: ergo neque eidem prohibere poteſt ipſam quartam, cùm ſit maius; *cap. Cui non licet, de regul. jur. in* 6.

1460 Quare prior ſententia mihi magis probatur, præſertim cùm reuerà ſit communior, vt apud Mantic. & Peregrin. *loc. cit.* videri poteſt, adeo vt Socin. jun. apud Mantic. dixerit, per totum mundum tanquam Euangelium obſeruari. Eaquè intelligenda, & amplianda eſt, vt non tantùm procedat, quando filius grauatur reſtituere alteri filio teſtatoris, in qua ſpecie loquitur *d. l. Iubemus*, ſed etiam quando grauatur reſtituere extraneo, argumento à maioritate rationis: ex quo ita ſentiunt Salic. & Paul. Caſtr. *in d. l. Iubemus*, Imol. & Alex. *in l. Quod de bonis, §. Quod anus, ff. Ad leg. Falcid.* multique alij, quos citat, & ſequitur Peregrin. *d. art.* 3. *numer.* 114. licèt non pauci etiam refragentur, quos idem Peregrin. refert, & refellit *ſub d. num.* 114. Alias ampliationes, & limitationes ejuſdem ſententiæ omitto apud eundem videndas.

1461 Illud tamen aduerto, ſi filius, cui teſtator Trebellianicam prohibuit, teſtamentum paternum, & in eo contenta, expreſſè approbet, non poſſe tunc eam quartam detrahere: ſecus verò ſi paternam hæreditatem ſimpliciter ex ipſo teſtamento agnoſcat, vt relatis multis tradit idem Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 118. *& ſeq.* Aliqui volunt idem dicendum eſſe, quando teſtator non prohibuit expreſsè detractionē Trebellianicæ: vt ſcilicet, etiam tunc non poſsit filius, imò nec alius hæres, illam detrahere, ſi expreſsè teſtamentum approbauit. Quæ ſententia fundatur in eo quòd Trebellianica, etiam quando non eſt expreſsè prohibita, detrahitur contra voluntatem teſtatoris. Unde ſi hæres teſtamentum approbet, illam etiam voluntatem videtur approbare: qui autem ſemel teſtamentum approbauit, non poteſt ampliùs voluntatem teſtatoris impugnare, *l. vltim. in princip. & l. Si pars, §. vltim. ff. de Inoffic. teſtam.* Verùm hanc ſententiam meritò improbat Peregrin. *ſupra, num.* 120. tum quia verius eſt Trebellianicam non detrahi contra voluntatem defuncti, quando ab eo prohibita non eſt, vt ſatis ſupra declarauimus, *n.* 1454. Tum etiam quia illa approbatio teſtamenti ſolùm cadit ſuper ea, quæ in ipſo teſtamento exprimuntur: & ſic non extenditur ad ſubintellectam, ſeu tacitam voluntatem defuncti, quòd Trebellianica remittatur.

Quintò principaliter quæritur, vtrùm Trebellianica detrahatur ex omnibus bonis, quæ veniunt in reſtitutionem fideicommiſsi? Pro reſolutione aduerto, bona reſtitutioni obnoxia ex fideicommiſſo vniuerſali regulariter ea tantùm eſſe, quæ ad hæredem perueniunt jure directo, ſeu vt hæredem: quia per fideicommiſſum vniuerſale, vt ſic, grauatur hæres reſtituere hæreditatem, vel portionem hæreditatis, in qua inſtitutus eſt: quæ hæreditas jure directo ad eum peruenit. Cæterùm ex voluntate teſtatoris aliquando etiam in reſtitutione fideicommiſsi vniuerſalis veniunt ſimul bona, quæ jure indirecto ad hæredem perueniunt, vt in caſibus, in quibus etiam prælegata, & fideicommiſſa ipſi hæredi relicta reſtitui jubentur, de quibus ſupra *§.* 15. *& ſeq.* locuti ſumus. Hoc poſito, ad quæſtionem propoſitam reſpondetur facilè, Trebellianicam detrahi ex omnibus bonis reſtitutioni obnoxijs, quæ jure directo peruenerunt ad hæredem grauatum: non verò ex ijs, quæ jure indirecto. Ita ſentit Peregrin. *de Fideicom. art.* 7. *num. vltim.* Ratio prioris partis eſt, quia Trebellianica detrahitur ex hæreditate, quam hæres reſtituere jubetur; eſt enim quarta pars talis hæreditatis: omnia autem bona, quæ jure directo perueniunt ad hæredem, continentur in ipſa hæreditate, illamque conſtituunt: at- 1462

atque adeo Trebellianica ex illis deducitur. Alia pars etiam probatur facilè, quia hæres non capit vt hæres, ſed vt legatarius, & fideicommiſſarius, quæ ad illum perueniunt jure indirecto: legatarius autem, & fideicommiſſarius grauatus reſtituere non detrahit quartam Trebellianicam, *l. 1. §. Inde Neratius, l. Mulier, §. fin. ff. Ad Trebel. & l. Ex Falcidia, §. Numquam, ff. Ad leg. Falcid.*

1463 Hinc inferes primò, hæredem grauatum fideicommiſſo vniuerſali, quando tenetur reſtituere etiam prælegata, juxta ſupra dicta §. 15. deducere poſſe quartam Trebellianicam ex ipſis prælegatis quoad partem pertinentem ad portionem, in qua ipſe hæres inſtitutus eſt; cùm talis pars jure directo ad ipſum hæredem perueniat, & reipſa ſit pars portionis, in qua eſt inſtitutus: ſecus autem quoad partem reſpondentem portionibus cohæredum, quam jure legati ab illis accepit: cùm reſtituens legatum, vel prælegatum quartam non detrahat, vt probatum eſt ſupra: ita in ſpecie Peregrin. *loc. ſupra citato.*

1464 Inferes ſecundò, Trebellianicam detrahi ex toto aſſe, quando hæres grauatus reſtituit fideicommiſſario tam portionem, in qua conſtitutus eſt, quàm etiam portionem cohæredis quam, eo nolente, vel non valente adire, per Vulgarem aſſecutus eſt; ſiquidem hanc etiam portionem jure directo tanquam heres aſſequitur: reſtituens autem ex fideicommiſſo quæ ad eum, vt heredem peruenerunt, Trebellianicam ex illis omnibus detrahit, vt conſtat ex dictis. Et ita etiam relatis alijs docet Peregr. *art. 8. numer. 2.*

1465 Inferes tertiò, ſubſtitutum pupillarem grauatum fideicōmiſſo vniuerſali detrahere poſſe Trebellianicam ex ipſa hæreditate pupilli, quam reſtituere juſſus eſt; ſiquidem reſtituit illam vti hæres pupilli, cui jure directo ſucceſsit. Ita Peregr. *d. art. 8. n. 30.* poſt Corneum, addens ad hoc eſſe text. *in l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* Atque idem ob paritatem rationis dicendū eſt de ſubſtitutio per Exemplarem, vel Militarem ſubſtitutionem.

1466 Sextò quæritur; in quibus rebus detrahatur Trebellianica? Reſpondetur, quòd de jure ſtricto, ſecluſis imputationibus, & ſpeciali diſpoſitione teſtatoris, tam Trebellianica, quàm Falcidia detrahitur in ſingulis corporibus hæreditarijs, *l. Lineam margaritarum, ff. Ad Trebel. & l. 2. Cod. eod.* Quod intelligitur, niſi ſint res indiuiſibiles; nam tunc in vna tantùm debebitur, *l. Sed ſi non ſeruus, & l. Si fundus mihi, ff. Ad Trebel.* Cæterùm de æquitate, ne patrimonium comminuatur, poterit judex familiæ erciſcundæ officio ſuo aſsignare Trebellianicam in vna, vel duabus rebus, *l. Poteſt, ff. de Leg. 1. & l. 2. Cod. Quan. & quib. quarta pars, lib. 10.* non poterit autem hæres arbitrio ſuo eligere res ſibi pro Trebellianica aſsignandas, quia in communi diuidundo, non magis vni, quàm alteri datur electio, quòd ſi teſtator in vita rem aliquam in peculium conceſsiſſet filio, quem poſtea fideicommiſſo grauaſſet, judicis officio conueniret, illam ipſam rem filio aſsignare in Trebellianicam, cùm id ſit conformius voluntati patris, ac prætereà, quia durè, præter humanitatis leges, filius priuabitur poſſeſsione, quam proprijs laboribus excoluit. Ita communiter DD. teſte Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 3. numer. 26.* & eſt caſus *in l. Filium quem habentem,* juxta lecturam antiquorum, *Cod. Famil. erciſc.*

1467 Dixi, ſecluſis imputationibus, & ſpeciali diſpoſitione teſtatoris, quia quando aliquid ab hærede perceptum, vel diſtractum ei de jure imputatur in Trebellianicam, clarum eſt, quòd in tali re Trebellianica detrahitur. Item, ſi teſtator aliquid aſsignauit ab hærede retinendum pro Trebellianica, certum etiam eſt, quòd id debet imputari, & pro Trebellianica haberi, ſi ex cauſa teſtamenti ad hæredem peruenit. Nam teſtator jubere poteſt, vt hæres deducat Trebellianicam in certis rebus ex cauſa teſtamenti ad eum peruentis, *l. Quod autem, l. Cum quo, §. fin. & l. Quæ-*

Quærebatur, §. *fin. ff. Ad leg. Falcid.* Utrùm vero jubere etiam poſsit, vt hæres imputet in Trebellianicam, quæ per contractum inter viuôs ei dederat? Reſpondet Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 31. ſi contractus erat reuocabilis jubere id poſſe: ſecus autem ſi erat irreuocabilis: illum cõſule. Quæ autem de jure in Trebellianicam imputentur? Sequens quæſtio aperiet.

1468 Septimò igitur quæritur, quænam in quartam Trebellianicam imputentur? Reſpondetur imputari ea omnia, quæ hæres grauatus percipit judicio teſtatoris: conſtat ex *l. Mulier*, 22. §. 2. *in fine*, *ff. Ad Trebel.* & tradit pro regula Donel. *de Iure Ciuili. lib.* 7. *cap.* 30. Neque oportet quod ſint percepta jure hæreditario, nam etiam legata, & fideicommiſſa ipſi hæredi relicta, necnon quæ conditionis implendæ cauſâ ei data ſunt, in Trebellianicam imputantur, *l. In quartam*, 91. *ff. Ad leg. Falcid.* Quod ſecùs eſt in Falcidia vt per *d. l.* 91. *& l.* 76. *ff. eod.* cum alijs apud Donel. *lib.* 8. *cap.* 26. vbi agens de imputationibus Falcidiæ rationem hujus differentię aſsignat, & plures aliàs rationes ex diuerſis AA. addit ibidem Oſuald. *in Addit. lit. H.* Imputantur quoque in Trebellianicam fructus, & acceſsiones ante diem fideicommiſsi cedentem percepti, *d. l. Mulier*, §. 2. *ff. Ad Trebel.* tales namque fructus judicio teſtatoris percepti cenſentur, nam ob eam cauſam diſtuliſſe videtur fideicommiſſum, vt hæres eos interim perciperet. Hinc verò excipiuntur filij primi gradus, quibus ſpeciali jure conceſſum eſt, vt à patre grauati integram Trebellianicam deducant, non imputando in eam reditus perceptos, *l. Iubemus, in princip. Cod. Ad Trebel.* de quo priuilegio ſatis ſupra locuti ſumus, *num.* 1458. *& ſeqq.* & videri poteſt Menoch. *de Arbitr. cap.* 256. Fructus autem percepti poſt aditionem ab hærede grauato ſimpliciter, vel poſt diem fideicommiſsi cedentem, antequam hæres eſſet in mora reſtituendi, minimè imputantur, vt habetur *in d. l. Mulier*, §. 2. ea ratione, quia non percipiuntur judicio teſtatoris. Vnde regula in præſenti eſt, omnia & ſola, quæ judicio teſtatoris percepta ſunt, in Trebellianicam imputari, vt Donel. *dict. cap.* 30. *libri* 7. expreſsit.

Fallit autem ſingulariter prædicta regula in prælegatis, quando in reſtitutionem non veniunt, nam ſi talia prælegata ſunt certa corpora hæreditaria, vt prædia, domus, &c. non computantur in Trebellianicam, quoad eam partem, quam grauatus capit à cohæredibus jure legati, ſed ſolùm quoad partem, quam capit à ſe ipſo, ſeu potiùs à teſtatore jure hæreditario, *l. Titia*, *ff. Ad leg. Falcid. l. Cum pater*, *in princip. ff. de Leg.* 2. *l. Deducta*, §. *Nummis*, *ff. Ad Trebel. & dict. l. In quartam*, *ff. Ad leg. Falcid.* ibi; *Pro ea verò parte, quam à cohærede accepit extra quartam*; ideſt, quod à cohærede accipitur. Et tradit Donel. *de Iure Ciuili*, *lib.* 7. *cap.* 30. & Peregrin. *dict. articul.* 3. *numer.* 38. licèt aliqui repugnent apud Oſuald. *in not. ad loc. cit. Donelli, lit. F.* quorum tamen objectionibus bene ſatisfit ex notatis à Peregrino *ſupra*, vbi rectè in hanc ſententiam ponderat verba *dict. l. In quartam*, quæ quidem ſatis per ſe ſunt manifeſta. 1469

Quod ſi hæres, cui dicta prælegata relicta ſunt, grauatus eſſet reſtituere hæreditatem, ideſt, portionem, in qua eſt inſtitutus, retentâ quartâ; tunc ipſa etiam pars prælegatorum, quam à ſe ipſo caperet, non imputatur tota in Trebellianicam, ſed ſolùm quarta ejus pars: vt habetur *in d. l. Titia*, *ff. Ad leg. Falcid* & notant DD. *cit.* Id etiam, quod diximus, partem prælegati, quam hæres capit à cohærede, non imputari in Trebellianicam, intelligendum eſt, niſi ſit grauatus reſtituere hæreditatem ipſi cohæredi: nam tunc partem illam prælegati, quam ab eo capit, imputare tenetur in quartam, vt cum Barthol. Paul. de Caſtr. & magis communi tradit Peregrin. *dict. artic.* 3. *numer.* 40. *&* 41. argument text. *in l. Neſennius*, *& in l. Filio*, *ff. Ad leg. Falcid.* vbi id in Falcidia diſponitur, ac 1470

ac per text. *in l. Filium quem habentem, Cod. Familiæ erciſc.* & idem cum Cujacio tradit Oſuald. *in not. ad Donel. enucleatum loco ſupra citat. lit. F.* licèt nonnulli refragentur.

1471 Quando autem prælegata non conſiſtunt in certo corpore hæreditario, ſed in aliqua quantitate, vt in pecunia; talia prælegata ex toto imputantur in Trebellianicam, *d. l. Deducta, § Nummis, ff. Ad Trebel.* & aduertit Donel. *d. cap* 30. & ſupponit Peregrin. *ſupra, numer.* 38. vbi idem vult de prælegato conſiſtente in corpore non hæreditario.

1472 De legitima, vtrùm imputanda ſit in Trebellianicam, quando hæres illam detrahit, ſiue jure naturæ, ſiue ex diſpoſitione legum? Multa, nec ſine magna inter ſe diſſenſione, ſcribunt DD. Summatim neceſſaria perſtringam. In primis ergo, vel poſſumus loqui de legitima, quæ debetur extraneo, vt patrono in bonis liberti, & de hac facilè omnes admittunt, quòd imputatur in Trebellianicam per *l. 1. §. Interdum, ff. Si cui plus, quam per leg. Falcid* vbi legitima patrono debita imputatur in Falcidiam, & conſequenter in Trebellianicam.

1473 Vel loqui poſſumus de legitima debita deſcendentibus teſtatoris: & de hac, licèt multi DD. affirment, imputari ſimiliter in Trebellianicam, etiamſi eam detrahens ſit filius primi gradus, & quouis fideicommiſſo ſit grauatus: cujus ſententiæ plures ſequaces, & fortia ſatis fundamenta adducit Peregrin. *d. art. 3. numer.* 51. & Oſuald. *in not. ad Donel. enucleatum, lib. 7. cap. 30. lit. I.* Attamen communior, ac receptior ſententia diſtinguit, aſſeritque, ſi filius ſit purè, ac ſimpliciter grauatus per fideicommiſſum, ſolùm poſſe detrahere vnam quartam, ideſt, aut legitimam, aut Trebellianicam, quam voluerit, ita vt ſi detrahat legitimam, debeat eam imputare in Trebellianicam, & ecótra: ſi autem grauatus ſit ſub conditione, vt; *Si ſine liberis deceſſerit*, vel quauis alia, vel grauatus reſtituere non ſtatim, ſed poſt aliquod tempus à morte teſtatoris, deducere poſſe vtramque quartam, nempe legitimam ſibi debitam ſtatim poſt mortem teſtatoris, deinde Trebellianicam tempore reſtitutionis de reliquo hæreditatis. Hanc ſententiam, relatis pluribus, tuentur Anton. Gom. *in l. 3. Tauri, num.* 82. Couar. *in cap. Raynutius, §. 11. n. 5. de Teſt.* Molin. Iuriſta *de Primog. lib. 1. c. 17. n 4.* Molina Theol. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 187. verſ Licèt conueniant,* Emman. Coſta *in cap. Si pater, p 2. verb. Abſque deductione, numer. 3. & 4. de Teſtament. in 6* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 2. num. 1.* vbi dicit, eſſe communem ſententiam, & Peregr. *d. art. 3. n. 49. & ſeqq.*

Fundamentum prioris partis, in qua etiam DD primæ ſententiæ conueniunt, ſumitur ex multis textibus juris Ciuilis, quibus filio grauato vnius tantùm quartæ detractio permittitur, vt *in l. Filium quem habentem, Cod. Famil. erciſc.* ibi; *Supra quartam habens reddere compellitur; & in l. Iubemus, in princip. Cod. Ad Trebel* ibi; *Retenta quarta ex auctoritate Trebelliani, dodrans reſtituatur,* & ſimilibus apud Oſuald. *vbi ſup.* Quibus illa etiam accedit ratio, quia duæ cauſæ lucratiuæ non poſſunt ſimul concurrere in eadem perſona, & reſpectu ejuſdem rei, ſed vna impedit aliam per imputationem, *l. Mæuius, §. Duobus,* cum ſua materia, *ff. de Leg. 2.* 1474

Poſterior pars ſumitur ex jure Canonico *in d. cap. Raynutius, & cap. Raynaldus, de Teſtament.* vbi quibuſdam filijs grauatis reſtituere, ſi abſque liberis decederent, tam legitimæ, quàm Trebellianicæ deductio adjudicata eſt. In qua deciſione, licèt multi contendant contineri errorem contra jus Ciuile, attamen magis curioſam, quàm Ciuilem eſſe hanc diſputationem aſſeuerat Peregr *ſup. num.* 51. eoquòd vbi de jure Ciuili aliquid eſt dubium, quod in jure Canonico reperitur deciſum, ipſi juri Pontificio ſtandum ſit; ad text & ibi not. *c. 1. & 2 de Oper nou. nuntiat.* Addit præterea idem Peregr. non eſſe reverà illam deciſionem alienam à jure Ciuili; imò verò eſſe illi conformem: quod latè declarat; & tandem 1475

confirmat ea ratione: quia jure Codicis conſtitutum eſt, vt legitima ſtatim, remota omni dilatione, & conditione, ex die mortis patris filijs ipſo jure debeatur, & quod debeatur de ipſa patris ſubſtantia, & non per fructuum imputationem, prout hæc omnia habentur *in l. Quoniam in prioribus, & l. Scimus, in princip. & in §. Repletionem, Cod. de Inoffic. teſtam.* Unde ſtatim poſt mortem patris lex ipſa reſecat, & addicit ipſo jure filijs legitimam eis debitam in corporibus patrimonij, cum fructuum vtilitate: Trebellianica verò detrahenda ex fideicommiſſo cōditionali, non detrahitur, nec debetur, niſi adueniente conditione fideicommiſſi, quo tempore reſtitutio facienda eſt, vt latè idem Peregrinus declarat *eod. art.* 3. *numer.* 24. & nos ſequenti quæſtione tradenus. Et ideo jam tunc non poteſt agi de immutatione, vel compenſatione legitimæ; quia debitum exactum non admittit compenſationem, Bald. *in d. l. Scimus, num.* 5. neque deductio vtriuſque quartæ impeditur, eoquòd ſint duæ cauſę lucratiuæ: quia iſtæ duæ cauſæ, etiam circa eandem rem, diuerſis temporibus concurrere poſſunt, *l. Exiſtimo, ff. de Verbor. obligat.* Barth. & alij communiter *in d. l. Mauius, §. Duobus, ff. de Legat.* 2.

1476 Vtrùm etiam nepotes, & alij vlteriores, quando tenent primum locum in ſucceſsione, poſsint deducere utramq; quartam, ſi ſint grauati fideicommiſſo conditionali? Reſpondetur affirmatiuè ex Barthol. & communi DD. apud Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 54. qui rectè addit eſſe diſcrimen inter filios, & nepotes quoad hoc quòd filij vltra legitimam deducunt Trebellianicam, non computatis in ea fructibus, ex ſpeciali priuilegio conceſſo filijs primi gradus *in d. l. Iubemus, Cod. Ad Trebel.* At verò nepotes, licèt vtramque etiam quartam deducere poſsint, tamen in Trebelllianicam computare debent fructus judicio teſtatoris perceptos, quòd in hoc priuilegiati non ſint.

1477 Prædictam reſolutionem de duabus quartis per filios, aut nepotes detrahendis, limitant aliqui, vt ſolùm procedat, quando portio legitima filijs debita, non eſt dimidium totius hæreditatis, vt quando filij ſunt quinque, aut plures. Sed hanc opinionem, vt non ſatis fundatam, meritò rejiciunt Molina Iuriſta *dict. cap.* 17 *num.* 7. Emman. Coſta *vbi ſup. num.* 9. Molin. Theol. *d. diſp.* 187. *verſ Quod dictum eſt*, & Peregrin. *d. art.* 3. *ſub numer.* 53. poſt Gloſ. *in Auth. de Hæred. & Falcid. §. Si quis autem non admiplens, verb. Auferri, in fine*, Barthol. & multos alios. Legitimæ namque augmentum ſuam propriam habet rationem, quæ non impedit Trebellianicam jure communi debitam, nec jus Canonicum de duabus quartis detrahendis vllam diſtinctionem facit. Meliùs alij limitant, vt nō procedat quando teſtator juberet Trebellianicam compenſari in legitima. Cæterùm hæc limitatio quoad filios primi gradus ſolùm videtur habere locum in opinione, quæ tenet poſſe hodie patrem etiam illis filijs prohibere detractionem Trebellianicæ; non autem in contraria, quam *ſupra, num.* 1460. magis probauimus. Vide Peregrin. *dict. artic.* 3. *numer.* 58.

Vel denique poſſumus loqui de legiti- 1478
ma debita aſcendentibus. Et de hac multi ſentiunt, ſemper eſſe imputandam in Trebellianicam, ita vt licèt aſcendentes ſint grauati fideicommiſſo conditionali, vel in diem, non poſsint vtramque deducere, ſed alteram tantùm, quam voluerint. Sic Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, num.* 85. & alij antiquiores apud Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 53. qui ibidem ait, hanc opinionem ſibi magis placere, licèt ſtatim hæreat, & dicat, meliùs cogitandum. Fundamentum hujus ſententiæ eſt, quia jus Canonicum, quo ſolo inducta videtur detractio vtriuſque quartæ, loquitur tantùm de deſcendentibus, iſque filijs; vnde non debet idem admitti in aſcendentibus, ad quos non valet argumentum à deſcendentibus, quibus ſtrictiori jure cōpetit ſucceſsio, quàm aſcendentibus. Cōmunior tamen ſententia eſt, deductionem vtriuſq; quartæ pariter in aſcenden-

tibus,

tibus, atque in deſcendentibus admitti, quando fideicommiſſo conditionali, vel in diem, grauati ſunt. Hanc relatis pluribus tenent Molina Iuriſta *d. cap.* 17. *numer.* 5. Couar. *in cap. Raynutius*, §. 11. *num.* 6. *de Teſtament.* Emman. Coſta *in d. cap. Si pater, p.* 3 *verb. Priuare cum poſsit, num.* 36. & Molina Theol. *d. diſp.* 187. *verſ. Vtrum deductio*, pluresque refert Peregrin. *vbi ſupra.* Probant, quia eadem prorſus eſt ratio in aſcendentibus, atque deſcendentibus: neque jus Canonicum diſpoſitionem arctauit ad ſolos deſcendentes; ſed propterea de illis tantùm eſt locutum, quia in eis tantùm ſe obtulerat materia, in qua id pronuntiatum eſt.

1479 Si quæras, vtrùm præfata diſpoſitio de duabus quartis detrahendis, locum etiam habeat in Falcidia, itaut etiam hæres Falcidius grauatus legatis conditionalibus, vel in diem, poſsit deducere legitimam, ſi ſit deſcendens, vel aſcendens teſtatoris, ac deinde adueniente die, vel conditione legatorum, deducere etiam Falcidiam? Reſpondent negatiuè, relatis alijs Couar. *in d. cap. Raynutius*, §. 11. *num.* 7. Gregor. Lop. *in l.* 1. *tit.* 11. *part.* 6. & Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 2. *numer.* 11. Quia jura, ex quibus admittitur detractio duarum quartarum, loquuntur tantùm de legitima, & Trebellianica: & nomine Trebellianicæ nuſquam in jure venit Falcidia: licèt econtra nomine Falcidię Trebellianica etiam cõprehendatur, vt ſupra vidimus.

8480 Contrarium tamen tenent plerique, quos referunt, & ſequuntur Emman Coſta *in d. cap. Si pater*, 2. *p. verb. Abſque deductione, num.* 10 Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 6. & Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 3. *ſub num.* 55. & hæc ſententia videtur verior: tum quia Falcidia arctiùs debetur, quàm Trebellianica, cùm detur hæredi, qui ab oneribus hæreditarijs non releuatur; tum etiam, quia Falcidia ordine, & intentione præceſsit Trebellianicam, quæ ad inſtar illius inducta fuit: vnde declaratio juris Canonici circa Trebellianicam deducendam vltra legitimam, extendenda eſt ad Falcidiam, cum eadem in vtraque ſit legum intentio.

Omnia prædicta circa duas quartas de- 1481
ducendas procedunt, ſpectato jure communi. Quare vbi vel ex jure particulari alicujus Regni, vel ex conſuetudine legitimè præſcripta, aliud fuerit in vſu, id omnino in tali regno, vel prouincia obſeruandum erit. Et quidem in regno Caſtellæ teſtantur Emman. Coſta, Gregor. Lop. & Burgos de Pace citati à Molina *diſp.* 187. *verſ. Quòd ſi Baldi*, communi praxi obſeruari, vt vltra legitimam, neque Trebellianica, neque Falcidia deducatur. Idemque cenſet idem Molina *ſupra, verſ. Emmanuel à Coſta*, obſeruari in Luſitania. Et quidem ita videtur planè ſupponi *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 82. vbi parentibus libera ſit facultas diſponendi de tertio ſuorum bonorum in quaſcumq; voluerint perſonas, vel prout ipſis magis placuerit, relictâ tantùm filijs legitimâ eis debitâ: quæ in hoc Regno continet duas tertias bonorum.

Octauò principaliter quæritur, quo 1482
tempore Trebellianica debeatur? Reſpondetur, ſi fideicommiſſum ſit purum, & ſimplex, ſtatim poſt mortem teſtatoris Trebellianicam deberi, atque adeo poſſe ſtatim cogi fideicommiſſarium per judicium familiæ erciſcundæ ad bonorũ diuiſionem, juxta text. *in l.* 2. *circa principium, & in l. Et puto*, §. 1. *ff. Famil. erciſc. & in l. Ita tamen*, §. *Qui ex Trebelliano, ff. Ad Trebel.* Si autem fideicommiſſum ſit conditionale, vel in diem, non debetur, nec deduci poteſt Trebellianica ex vi Senatuſconſulti Trebelliani, niſi quando conditio, vel dies fideicommiſsi aduenerit; cùm ante tale tempus locus Trebelliano non ſit; prout hæc omnia ex jure, & DD latiùs tradit, & illuſtrat Peregrin. *de Fideicommiſsis, art.* 3. *num.* 24. *& ſeq.* Et quidem ſine difficultate id procedit, quandò hæres grauatus eſt extraneus; cùm is fructus perceptos ante euentum conditionis computare teneatur in Trebellianicam, *l. In fideicommiſsariam, in princip. & l. Mulier*, §. *Si hæres, ff. Ad Trebel.* vnde euenire poteſt,

vt ante conditionis euentum Trebellianica per ipſorum fructuū imputationem conſumatur.

1483 At ſi hæres ſit filius primi gradus, in cujus Trebellianicam fructus non imputantur, *l. Iubemus, in princip. Cod. Ad Trebel.* videtur, quod citato fideicommiſſario, poteſt ſtatim detrahere, non ſolum legitimam, ſed etiam Trebellianicam, vt tenet Iacob de Beluis, *in Auth. de Reſtitution. & ea quæ parit*; cùm certum ſit, quartam illam ad eum ſpectare ſiue caſus fideicommiſsi eueniat, ſiue non eueniat, & ſiue ille fructus percipiat ipſi Trebellianicæ æquiualentes, ſiue non. Atque ita de facto ſæpe ſe vidiſſe ſeruatum, non contradicentibus fideicommiſſarijs, teſtatur Peregrin. *d. art.* 3. *numer.* 25. Illis autem aduerſantibus, credit meritò idem Peregrinus, non rectè acturum hæredem, ſi quartam illam ante caſum fideicommiſsi, & reſtitutionis detrahere velit. Quia ante illud tempus poſſunt res hæreditariæ naturaliter, aut caſu aliquo fortuito deteriorari, vel perire; quæ deteriorationes hæredi, & fideicommiſſario ſunt communes, ac ipſam Trebellianicam diminuunt; ad quam detrahendam ſpectatur quantitas hæreditatis paternæ, prout reperitur tempore reſtitutionis, vt vidimus *ſupra, num.* 1438. Vnde intereſſe poteſt fideicommiſſarij eam non detrahi ante illud tempus, ne pereuntibus poſtea rebus fideicommiſſario ſeparatis, ejus tantùm, & non etiam hæredis pro ſua parte ſit periculum. Nec obſtat, quod idem poteſt eſſe periculum in rebus pro ipſa quarta per hæredem retentis: nam licèt ex hoc non videatur conſiderabilis læſio fideicommiſſarij, *l. Fideicommiſſo, Cod. de Tranſaction.* attamen negari non poteſt quòd hæres non eandem curam habiturus ſit circa res fideicommiſſario ſeparatas, qualem circa res vtrique communes. Accedit quòd in præſenti ſtatu, antequam tempus reſtitutionis adueniat, Trebellianica ſimpliciter non debetur, & fieri poteſt, vt nunquam debeatur; ſi, nimirum fideicommiſſum fiat caducum: res autem ſecundum ſtatum præſentem judicanda eſt, vt per regulam *l. Hæc conditio, §. fin. ff. de Contrah. empt. l. Moueor, C. de Ser. export. cum ſim. l.* Neque judicium ſuper futuro fundari poteſt, *l. Non quemadmodum, ff. de Iudic.* & ibi Barth. cæterique DD. communiter. Item, qui ante diem agit, nihil agit, *l. 1. ad fin. ff. Quando dies vſusfruct. leg. ced.* Denique præmatura eſt petitio antequam quarta debeatur, vt ait text. *in l. 1. §. Si impuberi, ff. de Collat. bon.*

§. 19. *De quibuſdam alijs detractionibus, quas hæres grauatus efficere poteſt in reſtitutione fideicommiſsi.*

SUMMARIUM.

Quando hæres grauatus eſt creditor teſtatoris, detrahit ſuum creditum in reſtitutione fideicommiſsi; idque licèt inuentarium non fecerit; num. 1484.

Fructus percepti per hæredem grauatum pendente conditione fideicommiſsi, non imputantur in creditum ipſius hæredis; niſi conſtet teſtatorem aliud voluiſſe; & vnde id conſtare poſsit? numer. 1485.

Ponuntur aliqui caſus, in quibus hæres ſuum creditum non deducit in reſtitutione fideicommiſsi; num. 1486.

Vtrùm hæres grauatus poſsit pro ſolutione ſui crediti eligere quam rem maluerit ex relictis à teſtatore? num. 1487.

Æs alienum ſolutum per hæredem grauatum creditoribus hæreditarijs detrahitur ex bonis fideicommiſsi; numer. 1488.

Legata ſoluta per hæredem grauatum fideicommiſso vniuerſali deducuntur in reſtitutione ipſius fideicommiſsi. Idque licèt non ſit factum inuentarium: & licèt teſtator prohibuiſſet quamcumq; detractionem; num. 1489.

Legata annua ſoluenda ſunt ex fructibus per-

perceptis per ipſum hæredem grauatum fideicommiſſo vniuerſali, pro tempore quo illud non reſtituit. Et quid ſi fructus non ſufficiant pro illis ſoluendis? num. 1490.

Hæres grauatus fideicommiſſo vniuerſali non detrahit legata, quæ ad onus ipſius relicta ſunt. Et quid quando nõ apparet, eum legata ſoluiſſe? n. 1491.

Quando fideicommiſſum reſtituitur, detrahit hæres melioramenta à ſe facta in rebus reſtituendis, num. 1492.

In reſtitutione fideicommiſsi deducuntur impenſæ factæ per hæredem in funere teſtatoris, in releuando teſtamento, in conficiendo inuentario, in defendendis rebus hæreditarijs, etiamſi ſuccubuiſſet, præterquam in vno, vel altero caſu. Item in exigendis, vel ſoluendis debitis hæreditarijs. Et vtrùm hujuſmodi impenſæ compenſentur cum fructibus? num. 1493.

EXplicata celeberrima detractione quartę Trebellianicæ ſuperſunt quędam aliæ huc reſeruatę, à quibus per aliquot concluſiones facillimè nos expediemus.

Prima concluſio ſit: quando hæres gra-
1484 uatus eſt creditor teſtatoris, poteſt ſuum
creditum detrahere, *l. In imponenda, & l. Irritum, Cod. Ad leg. Falcid. l. Debitor, ff. Ad Trebel. l. Ab omnibus, §. vltim. ff. de Leg.* 1. *l. Stichum, aut Pamphilum, §. Aditio*, cum Gloſ. *ibi, in verb. Retinet, ff. de Solution.* & tradunt relatis pluribus Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit.* 8. *num.* 15. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 35. *num.* 1. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 665. *num.* 1. eſtque reſolutio certiſsima: quę ampliatur, & procedit, licèt non ſit confectum inuentarium, vt citati DD. cum multis alijs notant. Nam bona, & jura hæredis non veniunt in reſtitutionem fideicommiſsi, l. *Cohæredi, §. Cum filio, ff de Vulgar.* Nec obſtat, quòd per aditionem confunduntur, & ſupprimuntur actiones, quæ hęredi competebant aduerſus teſtatorem. Nam ad hoc jam ſatis reſponſum eſt ſupra §. 12. *num.* 1340. quo loco multa ad præſentem concluſionem ſpectantia dicta ſunt, quæ hìc prætermittimus. Quod autem diximus de inuentario, locum non habet, ſaltem pro foro externo; in hærede grauato per fideicommiſſum particulare, quia hæres agnoſcens hæreditatem ſine beneficio inuentarij, tenetur ad integra legata, & fideicommiſſa particularia, *l. vltim. §. Si verò poſtquam, Cod. de Iure deliber. & §. Si verò fecerint, & §. Si quis verò non implens, Auth. de Hæred. & Falcid.* & notat cum alijs Fuſar. *d. q.* 665. *num.* 4.

Ampliatur pręterea tradita concluſio, 1485
vt fructus percepti per hæredem grauatũ pendente conditione fideicommiſsi, non imputentur in creditum ipſius hæredis. Ita Gloſ. *in l. Mulier, §. Cum proponeretur*, & ibi Barth. *num.* 2. Alber. *num.* 1. Alex. *num.* 14. *ff. Ad Trebel.* multique alij, quos referunt, & ſequuntur Peregrin. *d. art.* 35. *num.* 10. & Fuſar. *d. q.* 665. *numer.* 7. eſtque communis ſententia, licèt nonnulli diſſentiant. Probatur, quia ſatis fideicommiſſario conſulitur, ſi ei reſtituatur hæreditas, qualis erat tempore mortis teſtatoris, detracto ærę alieno, cum quo ipſum creditum hæredis cõputatur. Neque eſt ratio, cur dicti fructus in illud imputantur; cùm hæres illos perceperit judicio, & beneficio teſtatoris, qui propterea ei dilationem reſtitutionis conceſſit, vt eos ſibi caperet, atque in ſuam vtilitatem conuerteret. Intelligitur verò hæc ampliatio, niſi aliqua ratione conſtet teſtatorem aliud voluiſſe: vt ſi non tantùm propria bona, ſed etiam bona ipſius hæredis reſtitui juſsit: vel, ſi hæredem grauauit in re ipſi hæredi debita. In quibus caſibus fructus percepti ex rebus hæreditarijs in creditum ipſius hæredis imputantur ex tacita, vel præſumpta voluntate teſtatoris, vt ex Iure, & DD. bene tradit Peregrin. *d. art.* 35. *num.* 11. & Fuſar. *d. q.* 665. *num.* 10 & 11.

Ipſa etiam principalis concluſio limi- 1486
tatur primò, vt non procedat quando teſtator juſsiſſet, vt hæres creditum non deduceret, *l. Cum pater, §. Titio, ff. de Legat.* 2. *l. Si debitor, ff. Ad leg. Falcid* Peregrin.

Digitized by Google

regrin. *d. art.* 35. *num.* 4. Fuſar. *d.q.*665. *num.* 14. Limitatur ſecundò, vt etiam non procedat, quando teſtator mandaſſet hæredi, ne vllam moleſtiam, aut controuerſiam, etiam de jure, aduerſus fideicommiſſarium moueret: Peregrin. *d.art.* 35. *num.* 5. *& ſeqq.* vbi magis hoc explicat: illum conſule. Limitatur tertiò, quando teſtator prohibuiſſet alienari bona. Nam licèt prohibitio alienandi non impediat detractionem pro ſolutione æris alieni, *l. Filiusfamiliâs, §. Diui, ff. de Leg.* 1. *l. Pater filium, in princip. ff. de Leg.* 3. aliud tamen eſt pro ſoluendo credito ipſius hæredis; cùm de ejus rebus teſtator diſponere poſsit, ſicut de re ſua, *l. Vnum ex familia, §. Si rem, ff. de Leg.* 2. Ita limitat Natta *conſil.* 110. *num.* 9. quem ſequitur Peregrin. *ſupra, num.* 8. quanuis moneat, vt de hoc cogitetur, eoquod nunquam viderit in practica attentari. Cæterùm Fuſar. *d. q.* 665. *num.* 15. hanc limitationem ſimpliciter rejicit, affirmatque ſe vidiſſe contrarium ſeruari.

1487 Si quæras, vtrùm hæres grauatus poſſit ſibi ipſi ſatisfacere, eligendo pro ſolutione ſui crediti quam rem voluerit ex relictis à teſtatore? Reſpondet affirmatiuè Fuſar. *ſupra, num.* 18. poſt multos alios, quos refert. Vide tamen eundem Fuſar. *q.* 667. *num.* 14. vbi circa hoc diſtinguit, & aliqua aſsignat bona, ex quibus hæres ſibi ſatisfacere non poteſt, ſi extent alia. Item an credita deducantur cum fructibus? Vide apud Menoch. *conſil.* 183 *numer.* 36. & Peregrin. *d. art.* 35. *num.* 19. *& ſeqq.*

1488 Secunda concluſio: æs alienum ſolutum per hæredem grauatum creditoribus hæreditarijs, detrahitur ex bonis fideicómiſsi. Conſtat *per l. Emptor, ff. de Rei uendic. & d. l. Filiusfamiliâs, §. Diui, ff. de Leg.* 1. & ibi communiter DD idemque relatis pluribus, tradunt Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 35. *num.* 1. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 666. *num.* 1. habetque eaſdem ampliationes, quas concluſio præcedens, vt apud citatos DD. videre licet: illos conſule.

1489 Tertia concluſio: legata ſoluta per hæredem grauatum fideicommiſſo vniuerſali deducuntur in reſtitutione ipſius fideicommiſsi. Eſt reſolutio certa, & cómunis, quam relatis plurimis tradunt Peregrin. *d. art.* 35. *numer.* 9. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 667. *num.* 1. per text. *in l.* 2. *& in l. vltim. Cod. Ad Trebel. & in l. In componenda & l. Irritum, Cod. Ad leg. Falcid.* Et procedit, licèt non ſit factum inuentarium, vt notat Fuſar. *loc. citat.* qui vlteriùs addit, fructus medio tempore perceptos non imputari in hujuſmodi detractionem, ſicut non imputantur in detractione crediti, de qua ſupra dictum eſt: item detractionem hanc habere locum, etiam ſi teſtator prohibuiſſet hæredi quamcumque detractionem: quòd talis prohibitio ſolùm referatur ad bona ſubjecta reſtitutioni, & tantummodo operetur reſpectu Trebellianicæ; in quam ſententiam alios DD. refert. Eaq; mihi placet, ea ratione; quia per illa verba cenſeri non debet quòd teſtator voluerit grauare hæredem onere legatorum, & inſuper reſtitutione totius hæreditatis, cùm tale grauamen ſit nimium, & valde odioſum.

Non procedit autem tradita concluſio 1490
in legatis annuis: hæc enim ſoluenda ſunt de fructibus per ipſum hæredem perceptis, *l. Liberto, §.* 1. *ff. de An. leg. l. Apud Iulianum, §. Hæres, ff. de Leg.* 1. & DD. *in l. Deducta, §. Qui poſt, ff. Ad Trebel.* & tradunt Peregrin. & Fuſar. *vbi ſupra.* Quod intellige pro tempore, quo bona ſunt apud hæredem. Nam pro tempore quo jam ſunt apud fideicommiſſarium, ipſe fideicommiſſarius ſoluit, vt bene cum Paul. de Caſtr. & alijs aduertit Fuſar. *d. q.* 667. *numer.* 6. & idem eſt in præſtationibus annuis, ex vi vnius, & ejuſdem ſimplicis legati: veluti quando teſtator legaſſet tercentos aureos in tribus annis ſoluendos, nempe ſingulis annis centùm. Nam licèt tunc vnicum ſit legatũ, *l. Si cum præfinitione, ff. Quando dies leg. ced.* tamen reſpectu diſtributionis habentur tanquam plura legata annua; & vt talia hæredem grauant. Sic cum alijs Fuſar. *ſup. num.* 7. Quod ſi fructus non ſuffi-

Digitized by Google

ſufficiant pro ſolutione legatorum annuorum, tunc non cenſebuntur relicta ad onus hæredis, ſed poterunt deduci, vt tradit, ac ſe tenuiſſe in quadam graui cauſa teſtatur Fuſar. *d. q.* 667. *num.* 8. per text. *in l. vltim. §. Sin autem*, & ibi DD. *Cod. de Bon quæ lib.* & videntur conſentire Couar. *lib.* 2. *Variar. reſol. cap.* 2. *numer.* 67. Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 4. *num.* 24 *fine*, & alij apud Fuſar. *cit.*

1491 Item non procedit in legatis, quæ ad onus ipſius hæredis relicta ſunt; quod quando eueniat ex dicendis *ſequenti §.* conſtabit. Non procedit etiam quando non apparet, legata eſſe ſoluta, idque licèt ſint antiqua, vt ſentit cum alijs Peregrin. *art.* 35. *num.* 9. *verſ. Dubium tamen*, cùm ſolutio ſit quid facti, quod non præſumitur. Contrarium tamen ſentiunt aliqui tenentes, præſumi ſoluta eſſe legata, & ſic eiſe deducenda, ceſſareque omnem difficultatem, ſi hæres præſtet cautionem fideicommiſſario de eo liberando ab omni moleſtia, quæ ipſi inferri poſſit à legatarijs: ita poſt Decian. ſentit Fuſar. *d. q.* 667. *num.* 13. vbi teſtatur, ſe ita ſæpius conſuluiſſe.

1492 Quarta concluſio: quando fideicommiſſum reſtituitur detrahit hæres melioramenta à ſe facta in rebus reſtituendis. Ita Gloſ. *in l. Domus*, & ibi communiter DD. *ff. de Leg.* 1. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 6. *num.* 4. & cum alijs Fuſar. *de Subſtitut. q.* 669. *num.* 1. vbi dicit, ita tenere omnes. Neque talia melioramenta cum fructibus perceptis compenſantur, vt relatis pluribus notat idem Fuſar. *num.* 2. Cæterùm materia hæc melioramentorum plures continet difficultates, quæ in omnibus rebus reſtitutioni ſubjectis locum habent, & non ſunt hujus loci propriæ, ideo hìc à nobis omittendæ; præſertim cùm de hac materia latè ſcripſerim *in tract. de Cenſu, & emphyteuſi*, 2. *p. diſp.* 3. Videri etiam poteſt hac de re Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 50. *per tot.*

1493 Quinta concluſio: in reſtitutione fideicommiſsi detrahuntur impenſæ factæ per hæredem in rebus ſequentibus: in primis in funere teſtatoris, *l. Papinianus, §.* 4 *ff. de Inoffic. teſtament. l. Impenſa funeris, ff. de Religioſ. & ſumpt. fun. l.* 1. *§. vltim. ff. Ad leg. Falcid. l. vltim. §. In computatione, Cod. de Iure deliber.* & ibi Batth. & alij. Item in releuando, & habendo teſtamento; & in conficiendo inuentario: Iaſ. *in d. §. In computatione.* Necnon factæ pro defenſione, vel recuperatione bonorum hæreditariorum, *l. Vbi pure, §. In diſtrahendis, ff Ad Trebel. & in d. §. In computatione*, vbi Angel. *in princip.* Paul. de Caſtr. *n.* 3. Alex. *num.* 3. & Iaſ. *numer.* 2. Quod procedit etiam ſi hæres ſuccubuiſſet, dummodò bona fide, & non temerè abſque rationabili cauſa litigaſſet: Peregrin. *de Fideicommiß. artic.* 50. *num.* 11. & Fuſar. *de Subſtitut. q.* 670. *num.* 8. qui plures adducunt. Hoc tamen limita, quando litigaſſet cum alio, qui prætendebat ſe hæredem, aut teſtamentum nullum dicebat: nam tunc, ſi in lite ſuccubuit, impenſas non deducit, cùm nullum hæreditatis negotium geſſerit: ſic cum alijs idem Peregrin. & Fuſar. *num.* 9. Utrum autem hujuſmodi impenſæ pro rebus hæreditarijs factæ, compenſandæ ſint cum fructibus? Alij affirmant, alij negant, alij diſtinguunt inter modicam, & magnam impenſam, & ſolam magnam impenſam volunt non compenſari fructibus. Vide Peregrin. *d. art.* 50. *num.* 12. *& ſeq.* Denique etiam impenſas factas pro exigendis hæreditarijs nominibus debitorum, vel pro ſoluendis debitis hæreditarijs, detrahere poteſt hæres, vt bene Peregrin. *ſupra, numer.* 14. *&* 15. & Fuſar. alios referens *d. q.* 670. *num.* 14. *&* 15.

Plura, quæ circa detractionum materiam dici poſſent, intelligentur facilè ex ſupra dictis §. 12. vbi latè expoſuimus quæ bona veniant in reſtitutionem fideicommiſsi: nam quæcumque in eam reſtitutionem non veniunt, detrahi poſſunt, vt patet.

(:!:)

§. 20. De

§. 20. *De oneribus hæreditarijs, quæ in fideicommiſſarium tranſeunt.*

SUMMARIUM.

QVando hæres adiuit coactus à fideicommiſſario, non tenetur legatarijs, neque creditoribus hæreditarijs, ſed omnia hujuſmodi onera tranſeunt in fideicommiſſarium; n. 1494.

Quando hæres totum ſtatim reſtituit, quia erat grauatus purè, omnia onera hæreditaria in fideicommiſſarium trãſeunt; num. 1495.

Quando hæres ex juſſu teſtatoris reſtituit totum, retentâ ſibi re aliqua hæreditaria, vt certo fundo, aut domo, non tenetur creditoribus, nec legatarijs, ſed omnia hæc onera ſunt fideicommiſſarij; numer. 1496. Quid, ſi hæreditas non ſit ſoluendo? num. 1497.

Quando hæres eſt grauatus reſtituere quotam hæreditatis, vt v. c. dimidiam, & detrahit aliam dimidiam, ipſe, & fideicommiſſarius tenentur ſoluere æs alienum, vnuſquiſque pro rata ſuæ portionis. Et quid de ſolutione legatorum? num. 1498. & ſeqq.

Si hæredi grauato reſtituere partem competit legitima in bonis teſtatoris, vt quia erat filius, talis legitima deducenda eſt, non ſolùm ex portione ipſius hæredis, ſed etiam ex portione fideicommiſſarij, & ex legatis; num. 1501.

Quando hæres eſt grauatus reſtituere totam hæreditatem, locus tamen eſt detractioni quartæ Trebellianicæ, ipſe hæres, & fideicommiſſarius vnuſquiſque pro rata tenetur ſatisfacere creditoribus. Et quid, ſi creditores conueniant hæredem antequam hæreditatem reſtituat? num. 1502.

Quando cenſeantur legata eſſe relicta ab hærede, vt hærede? num. 1503.

Si legata ſint relicta nominatim ab hærede grauato per fideicommiſſum vniuerſale, ipſe ſolus de illis tenetur, nec cenſentur repetita à fideicommiſſario: non tamen tenetur hæres ea ſoluere de ſuo; & quomodo id intelligatur? n. 1504.

Quando legata ſunt relicta ab hærede grauato, vt hærede; qualiter ipſe, vel fideicommiſſarius de illis teneatur? num. 1505.

Trebellianica minuit pro rata tam fideicommiſſum vniuerſale, quàm relicta particularia; ibid. Id verò in aliquibus limitatur; num. 1506.

Vtrùm quãdo hæres grauatus legitimam detrahit, tam legatarij, quàm fideicommiſſarius vniuerſalis ad eam contribuant? num. 1507. remiſſiuè.

Si legata relicta ſint nominantim à fideicommiſſario, is tantùm de illis tenetur; num. 1508.

Prædicta circa onus legatorum procedũt, etiam quando hæres eſt grauatus fideicommiſſo conditionali, ſi etiam legata ſint relicta ſub eadem conditione. Et quid ſi relicta ſint ſub conditione diuerſa? num. 1509.

Quid ſi legata ſint purè relicta, & fideicommiſſum ſub conditione? Et quomodo in tali caſu deducenda ſit Trebellianica? num. 1510. & ſeq.

Vtrùm diminuto legato, vel fideicommiſſo per detractionem Falcidiæ, aut Trebellianicæ, minuatur etiam onus legatario, vel fideicommiſſario injunctum; num. 1512. & ſeq.

Quomodo inter hæredem grauatum, & fideicommiſſarium diuidantur onera perpetua rebus hæreditarijs incumbentia? num. 1514. remiſſiuè.

SEquitur vt dicamus de quarto, & vltimo effectu ſubſtitutionis Fideicommiſſariæ, qui juxta noſtram numerationem traditam §. 5. *in princ.* eſt tranſlatio onerum hæreditariorum in fideicommiſſarium. Sunt autem hæc onera, æs alienum, quo defunctus erat obſtrictus, & legata, quæ in teſtamento, vel codicillis reliquit: ea ergo quando, & quatenus ad fideicommiſſarium tranſeant, vel maneant in hærede? hic à nobis expli-

plicandum eſt: atque vt facile, ac dilucidè id fiat, varij caſus diſtinguendi ſunt.

1494 Primus caſus eſt, quando hæres adiuit coactus à fideicommiſſario: & in hoc caſu conſtat citra dubium, hæredem non teneri legatarijs, neque creditoribus teſtatoris, ſed omnia hujuſmodi onera tranſire ad fideicommiſſarium, quemadmodũ tranſeunt commoda hæreditatis; quæ nulla hæredi remanent, vt notauimus ſupra §. 5. *num.* 1210. *& ſeq.* Atque ita Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 2. *numer.* 86. *& art.* 4. *num.* 1. Vnde etiam poſt actionem, nondum reſtituta hæreditate, nequit talis hæres conueniri à creditoribus, *l. Si poſtulante, in princip. ff. Ad Trebel.* niſi fortè in ſubſidium, quando aliàs expectato fideicommiſſario, actiones perirent, vt cum communi aduertit Peregrin. *d. num.* 1. *in fine.*

1495 Secundus caſus eſt, quando hæres, adita ſponte hæreditate, totum ſtatim reſtituit, quia erat grauatus purè, & teſtator omnem detractionem ei prohibuit, vel ipſe vt plenum obſequium fideicommiſſariæ ordinationi præſtaret, nihil retinere voluit. Atque in hoc etiam caſu omnia onera in fideicommiſſarium tranſeunt, §. *Sed quia ſtipulationes, Inſtit. de Fideicommiſſ. hæred. l.* 1. *in princip. & l. Qui totam, & l. Ita tamen, §. Qui ex Trebelliano, ff. Ad Trebel.* & ita in ſpecie Peregrin. *d. articul.* 4. *numer.* 2. poſt Salic. *in l.* 2. *Cod. Ad Trebel.* Ratio eſt, quia reſtituta hæreditate ex voluntate teſtatoris, ſubit fideicommiſſarius locum hæredis auctoritate Trebelliani; & ita onera omnia hæreditatis in eum tranſeunt, quando hæreditas ei ſtatim reſtituitur, nihil de illa penes hęredem remanente. Si autem talis hæres grauatus eſſet fideicommiſſo conditionali, vel (quod in idem recidit) in diem incertum, tunc per reſtitutionem factam ante conditionis euentum, non tranſirent actiones in fideicommiſſarium ex Trebelliano, *l. Si ante, ff. Ad Trebel.* ſed veluti ex donatione, ſeu contractu, vt per Barthol. & alios *in l. Sed ſi alio, ff. eod. & l. Poſt mortem, Cod. de Fideicommiſſ.* Unde creditores, & legatarij ipſum hæredem conuenire poſſent, ad inſtar illius, qui hæreditatem vendidit, *l.* 2. *Cod. de Legat. l. Plane, §. Qui rogatus, ff. de Leg.* 1. *& toto tit ff. & Cod. de Hæred. vend.*

Tertius caſus eſt, quando hæres ex teſtatoris juſſione reſtituit totum, retenta ſibi re aliqua hæreditaria, vt certo fundo, aut domo. Et in hoc caſu non tenetur creditoribus, nec legatarijs, ſed omnia hujuſmodi onera ſunt fideicommiſſarij, *l.* 1. *§. Si hæres, & l. Si legatus, §. Multum, ff. Ad Trebel. & §. Siquis vna, Inſt. de Fideicommiſſ. hæredit.* vbi ampliatur, etiam ſi res illa ab hęrede retenta excedat quartam Trebellianicam. Atque ita docet Gloſ. communiter recepta *in l.* 1. *§. fin ff. Ad Trebel.* Et ratio eſt, quia talis hæres poſt factam reſtitutionem, retenta tantùm re illa certa, habetur vt legatarius, & fideicommiſſarius manet loco hæredis: hęres autem, & qui locum ejus habet, tenetur creditoribus & legatarijs; non autem legatarius particularis, neque hęres in re certa, qui loco legatarij eſt, *l. Quoties, Cod. de Hæred. inſtit.* 1496

Hæc reſolutio procedit de plano, quando hæreditas eſt ſoluendo; ſi autem ſoluendo non ſit, tunc, vel fideicommiſſarius inuentarium fecit: & in tali caſu non tenetur legatarijs, neque creditoribus vltra vires hæreditatis; & datur illis recurſus aduerſus hæredem, pro re, quam retinuit: legatarijs quidem, quatenus res illa excederet Trebellianicam, juxta *l.* 1. *§. Si is qui* 400. *ff. Ad Trebel.* creditoribus autem ſimpliciter, & abſolutè, quia creditores præualent aduerſus omnes à teſtatore honoratos, *l. Papinianus, §. Quarta, & §. Quoniam autem quarta, ff. de Inoffic. teſtament. l. In quantitate, §. fin. ff. Ad leg. Falcid. & l. Ex aſſe, ff. Ad Trebel.* Si autem inuentarium non confecit: tunc ipſe in ſolidum tenetur, tum creditoribus, tum etiam legatarijs: his quidem ſecundum jus nouum de inuentario 1497

conficiendo, *in l. fin. Cod. de Iure deliber. & in Auth. de Hæred. & Falcid.* creditoribus vero, etiam ſecundùm jus antiquum. Quòd ſi talis fideicommiſſarius ſoluendo non eſſet, tunc in ſubſidium tenebitur hæres pro re retenta, creditoribus ſimpliciter, legatarijs autem prout res illa Trebellianicam exceſſerit, prout hæc omnia latiùs tradit Peregrin. *d. art. 4. num. 5. & ſeqq. vbi num. 9.* aduertit non currere tempus fideicommiſſario ad conficiendum inuentarium, niſi poſt reſtitutionem ſibi verbo, aut re factam.

1498 Quartus caſus eſt, quando hæres eſt grauatus reſtituere quotam hæreditatis; v. c. dimidiam, & detrahit aliam dimidiam. In hoc caſu tenentur hæres, & fideicommiſſarius, vnuſquiſque pro rata ſuæ portionis ſoluere æs alienum, *l. Vbi purè §. Te rogo, ff. Ad Trebel.* vbi Barthol. Salic. & alij. Quod verò attinet ad legata, uterque etiam illa ſoluit pro rata portionis hæreditariæ; ſic tamen, vt hęres de ſua portione, v. c. de dimidia detrahat priùs integram Trebellianicam, ita vt hæc ei per legata non minuatur, ſi per teſtatorem, vel aliàs non erat prohibitus eam deducere: ſic habetur *in d. l. 1. § Sed ſi quadringenta, ff Ad Trebel.* & tradit poſt Barthol. Bald. Salic. & alios Peregrin. *d. art. 4. num. 10.* vbi cum alijs addit, quòd in hoc caſu, ſi portio hæredis vltra ſuam Trebellianicam non ſit ſufficiens ad præſtationem legatorum pro ſua dimidia, non ſupplebitur de portione fideicommiſſarij: vnde pro parte hæredis manebunt tunc legata diminuta.

1499 Hæc procedunt, quando legata ſunt relicta ſimpliciter: quo caſu ad onus hæreditatis cenſentur relicta, vt eſt communis ſententia, quam relatis pluribus tradit Peregrin. *dict. articul. 4. numer. 18.* Si autem relicta ſint nominatim à fideicommiſſario, ille ſolus ea tenetur præſtare de ſua portione, *l Facta, §. Si cum ſuſpecta, ff. Ad Trebel.* & quidem etiam vltra vires talis portionis, ſi inuentarium non fecit, juxta ſupradicta *numer. 1491.* neque inſtitutus vllo caſu præſtat legata à ſubſtituto relicta, *l. Quoties, C. de Fideicom. & ibi not. & l. Si eadem, ff. Si quis omiſſâ cau. teſt.*

Similiter, ſi legata ſint relicta nominatim ab hærede, ipſe tantùm ad ea tenetur, ſaluâ quartâ Trebellianicâ, vt poſt 1500
Cuman. probat Peregrin. *dict. articul. 4. numer. 12.* per text. *in l. Poſt emancipationem, in princip. ff. de Leg. 3. in ſecundo reſpon.* Quod ſi portio hæredis, detractâ illâ quartâ, non ſufficiat ad præſtanda integra legata, an tunc fideicommiſſarius contribuere debeat pro ſua portione, ſicut contribuit quando eſt fideicommiſſarius de tota; ita vt quemadmodum pro hærede grauato totum reſtituere, Trebellianica detrahitur, tum ex legatis, & fideicommiſsis particularibus, tum ex vniuerſali, contribuentibus vtriſque pro rata ſui relicti ad eam integrandam, vt per *l. Marcellus, §. Idem Pomponius, & l. Qui 400. ff. Ad Trebel.* ſic etiam fiat in præſenti? Reſpondet negatiuè Peregrin. *dict. numer. 12.* quia quando teſtator ab hærede pro parte tantùm grauato nominatim legauit, ſola ejus pars videtur affecta legatis, *dict. l. Poſt emancipationem, in 2. reſponſo.* & ſic pars fideicommiſſarij manet prorſus libera à contributione pro ſuſtinendis, aut minùs diminuendis legatis.

Quæres vtrùm quando hæredi grauato reſtituere partem competit legitima in 1501
bonis teſtatoris, vt quia erat filius; talis legitima deducenda ſit non ſolùm ex portione ipſius hæredis, ſed etiam ex portione fideicommiſſarij, & ex legatis? Reſpondeo affirmatiuè ex Peregrino, & alijs, quos refert, *d. art. 4. num. 14. & ſeq.* quia legitima habetur loco æris alieni quoad fideicommiſſarios, & legatarios, eiſque præualet, etiamſi ſint ad pias cauſas: Barth. *in l. Papinianus, §. Imperator, ff. de de Inoffic. teſtam.* vnde filius pro ſua legitima eſt veluti creditor in bonis paternis, Gloſ. *in l. Si quis legatum, ff. de Falſis:* æs autem alienum detrahitur de tota hæreditate, & minuit omnia relicta tam vniuerſalia, quàm particularia, vt eſt notiſſimum, & conſtat ex ſupradictis.

Quin-

1502 Quintus caſus eſt, quando hæres eſt grauatus fideicommiſſo de tota hæreditate reſtituenda, locus tamen eſt detractioni quartæ Trebellianicæ. In hoc caſu, quod attinet ad creditores, certum eſt tam hæredem, quàm fideicommiſſarium teneri pro rata illis ſatisfacere, nempe hæredem pro quarta quam retinet, & fideicommiſſarium pro dodrante ipſi reſtituto. Eſt concluſio indubitata, quam ex multis textibus probat Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 4 *num.* 16. Ante reſtitutionem verò hæreditatis poſſunt creditores conuenire hæredem pro toto debito, ipſeque illis poteſt ſoluere: & quod ſoluerit pro parte fideicommiſſario reſtituenda, deducet in ipſa reſtitutione; *l. Ita tamen.* §. *Qui ex Trebelliano, ff. Ad Trebel* Gloſ. communiter recepta *in l.* 1. §. *fin. ff. eod* & cum alijs Peregrin. *vbi ſupra.* A fideicommiſſario autem conuentus differre non poterit reſtitutionem ſub prætextu, quòd vult priùs ſoluere creditoribus; ſiquidem facta reſtitutione ex Trebelliano, non poteſt jam ab eis conueniri pro parte reſtituta: vnde nulla eſt ratio differendi reſtitutionem prætextu ſoluendi priùs creditoribus.

1503 Quoad legatarios verò multiplici diſtinctione opus eſt: nam vel dictum fideicommiſſum eſt purum, vel conditionale: ſi purum, aut legata ſunt relicta nominatim ab hærede, vt v. c. à Titio, rogato ſimul reſtituere hæreditatem: aut ab hærede, vt hærede, qualia cenſentur non ſolùm quæ ſunt relicta ſub expreſſo nomine hæredis, vt cùm diceretur; *Lego ab hærede meo*: ſed etiam quæ relinquuntur ſimpliciter, vt cum communi tradunt Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 8. *tit.* 2. *num* 2. *&* 8. Peregrin. *d art.* 4. *numer.* 18, & Fuſar. *de Subſtitut. quæſt.* 521. *num.* 1. per regulam *in l. Si ſeruus*, §. *Qui margaritam, ff. de Leg.* 1. Aut denique ſunt relicta nominatim à fideicommiſſario, vel ab eo cenſentur relicta, vt in aliquibus caſibus apud Peregrin. *ſupra, numer.* 2.

1504 Si relicta ſint nominatim ab hærede, ipſe ſolus de illis tenetur, nec à fideicommiſſario cenſentur repetita, *l. Celſus*, §. *Quod alicujus, ff. de Leg.* 2. *l.* 1. §. *Si id quod ex ſubſtitutione, ff. Ad leg. Falcid. & l. Si plures, ff. de Leg* 3. Barthol. *in l. Marcellus, col.* 2 *ff. Ad Trebel.* & alij, quos ſequitur Peregrin. *d. art.* 4 *numer.* 17. vbi ex Ruino, & Paulo de Caſtr. aduertit, quòd hæres grauatus, à quo legata ſunt nominatim relicta, debet ea ſoluere ante reſtitutionem, vel reſtituere acceptà cautione à fideicommiſſario de illis ſoluendis; non enim tenetur ea ſoluere de ſuo, *l.* 1. §. *Si is qui* 400. *ff. Ad Trebel.* neque prohibetur detrahere integram quartam, *l. Qui* 400. *& l. Marcellus, ff. eod.* illamque detrahit de toto aſſe, ad quam contribuunt tam legatarij, quàm fideicommiſſarius, quibus pro rata fit diminutio, vt conſtat per *d. l. Marcellus*, & declarat latè Peregrin. *d art.* 4. *n.* 23.

Si verò non ſint relicta nominatim no- 1505
mine proprio ab hærede, ſed ſimpliciter, vel ſub nomine hæredis: in hoc caſu poteſt hæres ante reſtitutam hæreditatem conueniri à legatarijs, eiſque ſoluere: Gloſ. communiter recepta *in l.* 1. §. *fin. ff. Ad Trebel.* per text. *in l. Ita tamen*, §. *Qui ex Trebel. ff. eod.* Bald. *in l. vlt. Cod. Ad Trebel.* Paul. Caſtr. *in d. l. Marcellus, num.* 9. *ff. eod.* & Peregr. *d. art.* 4. *num.* 24. quod maximè procedit, quando fuiſſet rogatus reſtituere, deductis legatis, vt cum Caſtr. & Barthol. notat idem Peregrin. in reſtitutione autem deducit quæ legatarijs ſoluerat, *d.* §. *Qui ex Trebelliano, l. In imponenda, & l. Irritum, Cod. Ad leg. Falcid.* tradit, relatis alijs, Peregrin. *ſup.* & diximus §. *præced. concluſ.* 3. vbi id limitauimus in legatis, & præſtationibus annuis; prout ibi declaratur. Poſt reſtitutam verò hæreditatem non tenetur hæres legatarijs, neque ab eis conueniri poteſt, etiam pro quarta ex Trebelliano retenta, *d. l.* 1. §. *Si is qui* 400. *&* §. *vlt. & l. Qui* 400 *& d l. Marcellus, in princ. ff. Ad Trebel.* Gloſ. *in d. l.* 1. §. *vlt.* & omnes. Trebellianica enim minuit pro rata tam fideicommiſſum vniuerſale, quàm relicta particularia, *dict. l. Marcellus*, §. *Idem Pomponius*: Peregrin. latè id de-

declarans *d. art.* 4. *num.* 25. *& ſeqq.* vbi *num.* 29. rectè notat, quod illa quarta pro parte, qua minuit, ſi u detrahitur de fideicommiſſo vniuerſali, ſeruat naturam Trebellianicæ: qua verò de relictis particularibus, ſeruat naturam Falcidiæ, vt tradunt Barth. & alij *in d. §. Idem Pomponius*, & idem Barthol. *in l. Quartam, col. 2. in 2 q. ff. Ad leg. Falcid.* vbi etiam Ripa, poſt alios, *num.* 89.

1506 Cæterùm, quod audis, quartam hæredis detrahi tam ex fideicommiſſo vniuerſali, quam ex legatis, & relictis particularibus, limita primò in legatis de re legata, ab hærede, non vt hærede; veluti cùm hæres ex juſſu teſtatoris accepiſſet rem aliquam à fideicommiſſario cum onere, vt eam alteri tertio reſtitueret: nihil enim ex tali legato detrahendum eſt pro Trebellianica hæredis, vt eſt caſus *in l. Acceptis, ff. Ad leg. Falcid.* Limita ſecundo in legatis, & fideicommiſsis etiam vniuerſalibus ex juris priuilegio indefalcabilibus, qualia ſunt relicta ad pias cauſas, vel per teſtamentum Militare. Ex his enim non fit contributio ad Trebellianicam; quæ tunc ſolùm detrahetur ab alijs relictis non priuilegiatis, diminuendo ea in eadem quantitate, quę detraheretur, ſi alia non eſſent priuilegiata, ita vt illorum priuilegium non cedat in onus non priuilegiatorum. Caſus eſt *in l. Si poſt miſsionem, in l. Qui* 400. *in princip. in l. Si miles, & in l. fin. ff. Ad leg. Falcid. & in l. Si certarum, §. fin. & l. ſeq. ff. de Milit. teſtament.* & notat in ſpecie Peregrin. *d. art.* 4. *num.* 31. cum Barth. Bald. Paul. de Caſtr. & alijs: vbi addit, idem eſſe in legatis indefalcabilibus, eo quod teſtator expreſsè prohibuerit detrahi ex illis Falcidiam. Secus verò in eis, quæ teſtator juſsit integrè præſtari: quod tunc Falcidia, quæ ex eis non detrahitur, deducenda ſit ex alijs; ita vt hæres integram quartam totius hæreditatis capiat: cujus opinionis ſunt Paul. de Caſtr. Alex. & alij apud eundem Peregrin. & apud Mantic. *lib.* 9. *de Conjectur. tit.* 14. *num.* 24. *in nouiſsima editione*, qui tamen Mantica ab ea videtur recedere, magis approbans, quod hodie, quando teſtator juſſerit integrè præſtari aliqua legata, Falcidia quoad illa minuatur in præjudicium hæredis; cùm in dubio fauorabilius ſit, vt Falcidia minuatur, vt eſt text. & ibi Barthol. *in l. Si pupillus, in princip. ff. Ad leg. Falcid.*

Utrùm ſimiliter, quando hæres grauatus legitimam detrahit, ad eam contribuant tam legatarij, quàm etiam fideicommiſſarius, vel ſolus fideicommiſſarius vniuerſalis, ſi vires ſuppetant? diſputant latè Peregrin. *de Fideicommiſſ. articul.* 4. *numer.* 32. *& ſequentib.* vbi contra fideicommiſſarium pronunciat: illum conſule. 1507

Si denique legata, non ab hærede, ſed à fideicommiſſario relicta ſunt nominatim, vel ita vt ab eo videantur relicta, tunc ſolus fideicommiſſarius ad ea tenetur: nec ex eis detrahit Falcidiam, aut Trebellianicam, *dict. l.* 1. *§. Si is qui* 400. *& § fin.* & ibi Gloſ. & DD. *ff. Ad Trebel.* & declarat latè Peregrin. *d. art.* 4. *num.* 54. *& ſeqq.* 1508

Hęc procedunt quando fideicommiſſum eſt purum. Si autem ſit conditionale, diſtinguendum rurſus eſt. Nam vel tam ipſum fideicommiſſum vniuerſale, quàm relicta particularia ſunt ſimpliciter conditionalia. Et in hoc caſu, ſi ſunt conditionalia ſub eadem conditione, idem tenendum eſt, atque quando ſunt purè relicta; quia puri, & purificati eadem eſt ratio, *l. fin. §.* 1. *ff. de Vulgari*: ſecus autem ſi ſint relicta ſub diuerſa conditione. Nam ſi legata priùs purificentur, idem eſt dicendum, atque quando legata fuerint pura, & fideicommiſſum conditionale; de quo ſtatim agendum. Si verò conditio fideicommiſsi priùs eueniat, legata videbuntur relicta à fideicommiſſario; & dicendum erit prout *ſupra, num.* 1502. 1509

Vel legata ſunt purè relicta, & fideicōmiſſū ſub cōditione, vt poſt mortē hæredis, vel aliâ. Et in hoc caſu, cōſtat legata debere ſtatim integrè præſtari ab hærede. Dubitatur verò an eueniente poſtea 1510

fidei-

fideicommiſsi conditione, deducenda ſit Trebellianica, tam ex ipſis legatis, quàm ex reſiduo ad fideicommiſſum ſpectante, ita vt etiam legatarij, & fideicommiſſarius, ad illam contribuant; vel ſolùm deducenda ſit ex reſiduo? Qua in re nonnulli tenent primum, ſcilicet deducendam eſſe ex legatis, & ex reſiduo pro rata. Mouentur quia Trebellianica deducitur inſtar Falcidiæ, ita vt de toto aſſe hæres Trebellianicus quartam habeat, *§. Sed quia hæredes, Inſtit. de Fideicommiſſ. hæredit.* Ad Falcidiam autem contribuunt legata pura, & conditionalia, itaut adueniente conditione ex vtriſque permiſtim hæres habeat integram quartam, *l. 1. §. Interdum, & l. In quantitate, §. Sed ſi legata, ff. Ad leg. Falcid.* Nihilominus communis ſententia eſt, ſolùm eſſe deducendam ex reſiduo. Hanc tenet Barthol. *in dict. l. Marcellus, §. Idem Pomponius*, vbi dicit, quod ita conſuetudo obſeruat: tenet etiam Angel. *ibidem*, dicens, qnod ita ſeruat totus mundus, & idem conſulendo probant Ruin. Crauet. Gabr. Cephal & alij, quos citat & ſequitur Peregrin. *dict. artic. 4. numer.* 40. vbi in fine dicit, ſe ita non ſemel practicaſſe, & practicatum vidiſſe.

1511 Hinc etiam rurſus dubitatur, an quod hæres non detrahit de legatis purè relictis, detrahere poſsit de reſiduo, quod fideicommiſſario reſtituitur; itaut, æſtimatis etiam legatis, integram quartam detrahat totius patrimonij; vel ſolùm poſsit detrahere quartam partem reſidui? Hoc ſecundum clarè voluit Barthol. *in l. Marcellus, §. Idem Pomponius, ff. Ad Trebel.* dum ait, quòd Trebellianica deducitur ex eo quod ſupereſt; & hanc opinionem magis communiter probari teſtatur, relatis alijs, Peregrin. *dict. articul.* 4. *numer.* 41. vbi ipſe etiam illam amplectitur; quòd alioqui, quando legata eſſent pinguia, euenire poſſet, vt hęres pro ſua Trebellianica totum abſorberet fideicõmiſſum; quod eſt contra ipſam fideicommiſſorum inſtitutionem, & contra mentem Senatuſconſulti Trebelliani, ex quo quarta fideicommiſsi hæredi reſeruata fuit: nullibi enim in jure ſcriptum reperitur, vt hæres vltra quartam de fideicommiſſo detrahat, neque videtur admittendum, niſi fortè cùm legata ſunt indefalcabilia, eoquòd teſtator juſſerit ea ſine diminutione præſtari, prout notatũ eſt *ſupra, num.* 1506. *ad finem.* Ex quibus mihi etiam hæc ſententia magis placet, licèt ei contradicant Socin. Alex. Angel. Gabr. & Ruin. apud Peregrin. *cit.* qui tamen *num.* 43. rectè cum Ruin. & Cephalo aduertit, ſi detracto ære alieno, & ſolutis legatis purè relictis, nihil in reſiduo ſupeteſſet, poſſe eo caſu hæredem detrahere Falcidiam de legatis.

Quæres, vtrùm diminuto legato, vel fideicommiſſo per detractionem Falcidiæ, aut Trebellianicæ, minuendum quoque ſit pro rata onus legatario, vel fideicommiſſario injunctum? Reſpondetur, 1512 ſi onus ſit intrinſecum, ideſt de eadem re, quæ fuit legata, minui debere pro rata; vt ſi teſtator legauit Titio 20. & ab ipſo Titio legauit 10. Sempronio; diminuto legato Titij in dimidium, ſimiliter pro dimidio minui debere legatum Sempronij. Conſtat hoc per text. *in l. Pænales, §. Si Titio, ff. Ad leg. Falcid.* & fundatur in æquitate, & conjectura voluntatis teſtatoris, vt cum Gloſ. Barthol. & alijs DD. *in dict. §. Si Titio* tradit Peregrin. *de Fideicommiß. articul. 4. numer.* 46.

Si autem onus ſit extrinſecum, ideſt de 1513
alia re diuerſa à re legata, tunc onus non diminuitur, vt etiam eſt text. *in dict. l. Pænales, §. Si Titio, in vltimo reſponſo, & in l. Maritum, §. 1. ff. Ad leg. Falcid. & in l. Liberto, §. 1. ff. de Ann. legat. & in l. Cum pater, § Eorum, verſ. Si pars, in 2. reſpon. ff. de Legat. 2. & in l. Si mihi Stichus, ff. de Legat. 1.* Atque ita diſtinguendo inter onus intrinſecum, & extrinſecum docent omnes Gloſſæ, & DD. in textib. cit. & alij, quos refert & ſequitur Peregrin. *d. articul.* 4. *numer.* 47. Non tenetur tamen legatarius ad tale onus extrinſecum vltra vires legati, & idem eſt de fideicommiſſario, ſi inuentarium fecit. Sic Peregrin.

vbi ſupra, num. 48. per text. *in l. Plautius, §. fin. ff. de Condit. & demonſtr. & in l. Facta ſi Titius, ff. Ad Trebel. & in d. l. Maritum, §.* 1. vbi id præſupponitur, eſtque doctrina Bartholi, & antiquorum *in d. l. Cum pater, §. Eorum, & in d. l. Plautius.*

1514 Inquiri etiam hìc poteſt, quomodo inter hæredem grauatum, & fideicommiſſarium diuidantur onera perpetua rebus hæreditarijs incumbentia, vt cenſus annui, penſiones emphyteuticæ, dato quòd ſint onera realia, tributa, & ſimilia? Verùm hæc pro materiæ diuerſitate ad alios ſpectant tractatus, maioremque deſiderant explicationem, quàm præſenti loco conueniat, & ideo hìc à nobis prætermittenda ſunt: videri autem pro eis poteſt Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 4. *numer.* 65. *& ſeqq.* vbi rem hanc ſufficienter exponit.

§. 21. *Quando expiret ſubſtitutio Fideicommiſſaria?*

SUMMARIUM.

Quibus modis fideicommiſſum extingui poſsit? num. 1515.

Fideicommiſſum expirat, ſi hæres grauatus decedat non adita hæreditate, quod tamen in multis caſibus limitatur, num. 1516.

Fideicommiſſum expirat, ſi fideicommiſſarius moriatur ante teſtatorem, numer. 1517.

Si fideicommiſſarius decedat poſt teſtatorem, at priuſquam cedat dies fideicommiſsi, vt ante aduentum conditionis, non tranſmittitur fideicommiſſum ad hæredes, num. 1518. *Quæ hujus rei ſit ratio? num.* 1519.

Prædicta regula procedit etiamſi fideicõmiſſum ſit relictum ab aſcendente, numer. 1520.

Non procedit autem dicta regula, quando fideicommiſſarius decedit ante euentũ conditionis, quæ tacitè ineſt, numer. 1521.

Quando teſtator exprimit conditionem, quæ tacitè ineſt, cenſetur in dubio exprimere illam eo modo quo ineſt, ne impediatur tranſmiſsio, ibid.

Non procedit etiam dicta regula, quando teſtator voluit, vt etiam moriente fideicommiſſario ante euentum conditionis, fideicommiſſum tranſmitteretur, num. 1522.

Neque etiam, quando conditio viuo fideicommiſſario habetur pro impleta. Et quando conditio pro impleta habeatur? remiſsiuè, num. 1523.

Nec denique quando fideicommiſſum fuerit relictum in tempus quo hæres fuerit certæ ætatis, & fideicommiſſarius ante tale tempus mortuus eſt, n. 1524.

Quando fideicommiſſum cenſeatur relictum in diem certum, vel incertum? ibid.

Fideicommiſſum conditionale expirat ob defectum conditionis, etiam hærede, & fideicommiſſario viuentibus, n. 1525.

Caducato fideicommiſſo ob mortem fideicommiſſarij, vel ob defectum conditionis, ſi ille habebat ſubſtitutum vulgarem, vel fideicommiſſarium, ei reſtituendum eſt fideicommiſſum: ſi verò non habeat ſubſtitutum, reſtituendum eſt conjuncto, ſi illum habeat: quando autem nec ſubſtitutus, nec conjunctus extiterit, remanent bona hæredi grauato, num. 1526. *& ſeq.*

Uplicitèr poteſt expirare, & extingui fideicommiſſum: vno modo, quando ita euaneſcit, vt nullum jus ex eo acquiratũr fideicommiſſario; vt cũ perit ob defectum conditionis, ſub qua fuit relictum, vel ob ſimilem cauſam: alio modo, quando poſtquam ſemel ex eo fuit jus alicui quæſitum, ejus tamen obligatio poſtea ceſſauit; ſiue ex ipſa voluntate, & diſpoſitione teſtatoris, ſiue ex conſenſu fideicommiſſarij, ſiue rei peremptione, ſiue præſcriptione, ſiue auctoritate Principis, ſiue aliquâ aliâ de cauſa; prout ſæpe contingit in fideicommiſsis relictis pluribus perſonis ſubordinatis, vt ſcilicet 1515

poſt

poſt mortem primi vocati tranſeant ad ſecundum, & ſic deinceps ad reliquos. De hoc ſecundo modo in præſenti non agitur: videri pro illo poteſt Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 52. vbi latè declarat omnes cauſas, ex quibus dicta fideicommiſſa finiuntur.

Quod verò attinet ad primum mo-
1516 dum, triplici ex cauſa expirare ſolet fideicommiſſum: vel ob defectum ex parte hæredis grauati; vel ob defectum ex parte fideicommiſſarij; vel ob ſolum defectum conditionis, quando fideicommiſſum cõditionale eſt. Ob defectum ex parte hæredis, expirat fideicommiſſum, ſi hæres moriatur non adita hæreditate. Ita omnes per text. *in l. Quia poterat, & in l. Ille à quo, §. Si de teſtamento, ff. Ad Trebel. cum concord.* Rationem reddidimus *ſup. §. 4. num.* 1172. vbi ex profeſſo tradidimus, quàm neceſſaria ſit aditio hæreditatis, ad hoc vt Fideicommiſſaria ſubſtitutio vim habeat? Atque ibidem multos attulimus caſus, in quibus præfata reſolutio locum non habet: ſunt enim aliqui caſus, in quibus nulla interueniente aditione ex teſtamento, vel ab inteſtato, fideicommiſſa ſuſtinentur: & ſunt plures alij, in quibus licèt hæres ſcriptus non adeat, tamen legata, & fideicommiſſa nõ pereunt, dummodo vel ab inteſtato, vel ex teſtamento aliquis alius hæres exiſtat: qui caſus omnes citato loco exponuntur. Et ideo non eſt quid hìc ampliùs circa extinctionem fideicommiſsi ob defectũ aditionis addendum ſit.

1517 Ob defectum ex parte fideicommiſſarij expirat fideicommiſſum: primò, ſi fideicommiſſarius moriatur ante teſtatorem. Tunc enim fideicommiſſum ad hæredes fideicommiſſarij non tranſmittitur, ſed remanet apud hæredem grauatum, vel apud ſubſtitutum, aut conjunctum ipſius fideicommiſſarij, prout diſponitur *in l. 1. §. Pro ſecundo, Cod. de Caduc. tol.* & ibi tradunt DD

1518 Expirat ſecundò, & principaliter, ſi fideicommiſſarius moriatur poſt teſtatorem, at priuſquam cedat dies fideicommiſsi, vt quando fideicommiſſum fuit relictum ſub conditione, vel in diem incertum, (qui dies conditionem facit, *l. Dies incertus, ff. de Condit. & demonſtr.*) & fideicommiſſarius ante euentum talis conditionis, vel diei, mortuus eſt. Nam tunc etiam fideicommiſſum non tranſmittitur ad hæredes fideicommiſſarij, *d. l. 1. §. Sin autem aliqui,* & ibi Doctores *Cod. de Caduc. tol.* Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 20. *num.* 1. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 31. *num.* 6. Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 189. *verſ. Si fideicommiſſarius,* & omnes. Ratio eſt, quia fideicommiſſum relictum ſub cõditione, vel in diem incertum, non debetur, neque jus aliquod ex eo acquiritur fideicommiſſario ante euentum conditionis, vel diei; & ideo ſi fideicommiſſarius ante eum euentum moriatur, nullum jus ad hæredes tranſmittit, cùm illud non habuerit.

Quod ſi opponas, ex ſtipulatione, ſeu 1519
contractu ſub conditione, tranſmitti jus ad hæredes ſtipulantis, etiamſi is moriatur ante euentum conditionis, *§. Ex conditionali, Inſt. de Verbor. obligat.* Reſpondet Gloſ. *in d. §. Ex conditionali, verb. Contigerit,* eſſe diuerſam rationem in hoc, quia in ſtipulationibus, interuenit factum ſtipulantis, qui acceptando promiſsionem, videtur non tantùm ſibi, ſed etiam hæredibus ſuis voluiſſe prouidere; *l. Si pactum, ff. de Probat.* In diſpoſitione autem per vltimam voluntatem non interuenit factum honorati, & ideo ante impletam conditionem nullum jus ſibi, aut hæredibus acquirit. Alias rationes diuerſas afferunt Mantic. *d. tit.* 20. *num.* 2. & Peregrin. *d. art.* 31. *num.* 7.

Intelligunt autem nonnulli prædictam 1520
regulam, niſi fideicommiſſum relictum ſit ab aſcendente; vt ſi relictum ſit filio, qui ante impletam conditionem mortuus eſt: tunc enim putant fideicommiſſum tranſmitti ad deſcendentes ipſius filij. Ita Gloſ. *in l. Is cui, ff. de Action. & obligat. & in l. Si in perſonam, Cod. de Fideicommiſſ.* defendit Socin. ſen. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, col.* 4. *&* 5. *ff. Ad Trebel.* Hanc verò opinionem ferè omnes

improbant,vt notat,relatis pluribus, Mãtica *vbi ſup.* & videri etiam poteſt apud Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 201. *num.* 68. & Peregrin. *de Fideicom. art.* 31. *num.* 6. & 8. qui alios innumeros contrarium tenentes referunt, inter quos eſt etiam Glol. *in l. vnica, Cod. de His qui ante apertas tabulas:* & pro hac communi ſententia ſtat text. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel. & in l. Cùm ex filio, ff. de Vulgari, & in d. l. Si in perſonam*, multique alij textus, quos adducit Peregrin. *d. num.* 6.

1521 Cæterùm prædicta regula limitatur primò, vt non procedat in fideicommiſſo relicto ſub conditione, quæ neceſſariò, ſeu tacitè per legem, aut ex natura rei ineſt; quia tales conditiones, licèt ſuſpendant obligationem, & actionem; non tamen impediunt tranſmiſsionem, *l. Si dies, §. vltim & l. Cum illud, §. vltim. ff. Quando dies leg. ced. l. Conditiones extrinſecus, ff de Condit. & demonſtr. l. Quæ ſub conditione, §. vltim. ff. de Condit. inſtit.* & ita relatis alijs docent Mantic. *d. tit.* 20. *num.* 5. & Peregrin. *d. art.* 31 *ſub num.* 22. vbi quamuis loquatur in legatis, & relictis particularibus in quibus plura exempla adducit, eadem tamen eſt ratio in vniuerſalibus. Intelligendum tamen hoc eſt, dummodo conditio, quæ ineſt tacitè, non exprimatur diuerſo modo à teſtatore, quàm ineſt; nam tunc tranſmiſſionem impediret, vt bene aduertit Mantica *loco cit.* vbi rectè ex hoc infert, quòd in dubio magis intelligitur conditio expreſſa eo modo quo tacitè ineſt, ad hoc vt tranſmiſsionem non impediat, vt per text. *in l. Si Titio, §. Quædam, ff. Quando dies leg. ced.* & Alex. *in l.* 3. *num.* 6. *ff. de Leg.* 1.

1522 Limitatur ſecundò, vt non procedat quando teſtator voluit vt fideicommiſſum tranſmitteretur, etiamſi fideicommiſſarius ante euentum conditionis decederet. Hæc limitatio eſt indubitata, & circa nullam controuerſiam; quia vulgaris regula juris eſt, quòd teſtator poteſt facere tranſmiſsibile id quod ſuâpte naturâ tranſmiſsibile non eſt: ſicut econtrario poteſt facere non tranſmiſsibile, quod ex ſua natura tranſmiſsibile eſt; *l. In conditionibus primum locum, §.* 1. *ff. de Condit. & demonſtr.* & notant poſt multos alios Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 20. *numer.* 8 Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 201. *num.* 79. & Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 31. *num.* 9. & 10. Satiſque eſt ad hunc effectum tacita voluntas teſtatoris, quæ per conjecturam ex verbis teſtamenti colligatur, vt iidem citati DD. tradunt. Quæ autem verba ſufficiant ad talem conjecturam capiendam, ad certam aliquam regulam reuocari non poteſt, ſed prudenti arbitrio relinquendum eſt. In particulari autem plurimas de hac re conjecturas adducunt Mantica *d. tit.* 20. *à num.* 15. Menoch. *d. præſumpt.* 201. *à num.* 87. & Peregrin. *d. art.* 31 *à num.* 11. Quæ quidem præcipuè afferuntur, & militant, quando fideicommiſſum eſt relictum conſanguineo teſtatoris, & in teſtamento facta eſt mentio de deſcendentibus, vel hæredibus talis fideicommiſſarij: nam inde facilè poteſt capi conjectura de voluntate teſtatoris circa tranſmiſsionem ad illius hæredes.

Limitatur tertiò, vt non procedat 1523 quando conditio viuo fideicommiſſario habetur pro impleta; tunc enim, licèt fideicommiſſarius ante verum illius euentũ moriatur, fideicommiſſum tranſmittit. Ita relatis multis Menoch. *d. præſumpt.* 201. *num.* 77. & patet ratione, quia quando conditio, ſub qua legatum, vel fideicõmiſſum relictum eſt, habetur pro impleta, cedit dies ipſius legati, & fideicommiſſi, *l. Si poſt diem, §. Item ſi qua, ff. Quando dies leg. ced.* vbi autem cedit dies fideicommiſſi, ſtatim jus acquiritur fideicommiſſario, & poteſt illud tranſmittere, vt eſt notiſsimum. Quando autem conditio habeatur pro impleta? Diximus latè, aſsignando multos caſus *diſp. præced. ſect.* 9 *§* 3.

Limitatur quartò, vt non habeat locũ, 1524 quando fideicommiſſum eſt relictum in tempus, quo hæres fuerit certæ ætatis: vt cùm teſtator diceret; *Titius ſit mihi hæres,*

res. & cum fuerit 25 annorum reſtituat hæreditatem Seio. Tunc enim, licèt illud tempus ſit incertum, & fideicommiſſarius ante ejus aduentum moriatur, fideicommiſſum tranſmittitur, juxta veriorem opinionem, quam cum Barthol. *in l. Si cui legetur* 51. §. *Hoc autem, ff. de Leg.* 1. & multis alijs tradidimus, & probauimus *diſp. præced. ſect.* 10. *num.* 286. qua eadem *ſect.* ſatis explicatum eſt, quando relictum cenſeatur in diem certum, vel incertum: de quo etiam videri poteſt Peregr. *de Fideicom. art.* 31. *n.* 26. & Mol.
1525 *d. diſp.* 189. vbi declarat, quando tempus incertũ adjectũ fideicõmiſſo non inducit cõditionem, qua tranſmiſsio impediatur.

Ob defectum ſolius conditionis expirat fideicommiſſum quando hærede, & fideicommiſſario viuentibus, deficit conditio ſub qua fideicõmiſſum relictum eſt, nec habetur pro impleta. Hæc reſolutio notiſsima eſt, nec indiget explicatione.

1526 Illud tamen omnino aduertendum, quòd quando vel ob defectum fideicommiſſarij, vel ſolius conditionis fideicommiſſum caducauit, licèt expiret quoad ipſum fideicommiſſarium, & ejus hæredes, ſiquidem non tranſmittitur: attamen non eo ipſo bona fideicommiſsi manent libera apud hæredem grauatum: ſed videndum vlteriùs eſt, an teſtator aliquem ſubſtituerit vulgariter, aut per fideicommiſſum, ipſi fideicommiſſario excluſo? Nam ſi ei ſubſtituit vulgariter, vt ſi dixit; *Quòd eo non ſuccedente, bona illa relicta reſtituantur alteri, v.c. Titio,* tunc caducato fideicommiſſo in perſona ipſius primi fideicommiſſarij, tenetur hæres reſtituere bona illi alteri per Vulgarem vocato; vt conſtat per *d. l. vnic. §. Pro ſecundo, & §. Sin autem aliqui, Cod. de Caduc. tol.* & patet ratione, quia defectus conditionis, qui operatur excluſionem primi, aperit locum ſubſtituto vulgari, tam in hæreditatibus, quàm in legatis, & fideicommiſsis, *l. Sub conditione, & l. Si ita quis hæres inſtituatur, ff. de Hæred. inſtit. l. Cohæredi, in principio, ff. de Vulgari, & ſimilibus* apud Peregrin. *de Fideicommiſſ art.* 15. *numer.* 9. Item ſi ei ſubſtituit per fideicommiſſum, vt ſi dixit; *Quòd hæres reſtituat poſt mortem ſuam Titio, & Titius ſimiliter reſtituat Seio;* tunc etiam caducato fideicommiſſo in perſona primi, eoquod fuerit mortuus ante hæredem, tenetur hæres reſtituere ſecundo, *d. l. vnic. §. Pro ſecundo, & d. §. Sin autem aliquid, Cod. de Caduc. tol.* Barthol. *in l. Quandiu, in fine, ff. de Acquir. hæred.* & omnes, prout relatis pluribus notat Peregrin. *d. art.* 15. *numer.* 2. Ratio redditur *in d. §. Pro ſecundo,* quia cui lucrum defertur ob deficientiam fideicommiſſarij, in eum recidit onus, quod ipſi fideicommiſſario injunctum erat: & ſic in prædictis caſibus onus reſtituendi, quod primo fideicommiſſario erat impoſitum, recidit in hæredem, penes quem bona fideicommiſsi remanſerunt. 1527

Quòd ſi fideicommiſſarius deficiens non habebat ſubſtitutum, habebat autem conjunctum, cui jus accreſcendi competeret; tunc etiam bona fideicommiſsi caducati non remanent libera penes hæredem, ſed accreſcunt, & debent reſtitui conjuncto; vt habetur *in d. §. Pro ſecundo, & d. §. Sin autem aliquid.* Quare tunc ob prædictas cauſas fideicommiſſum ſimpliciter, & omnino euaneſcit, quando fideicommiſſarij deficientis nullus extat ſubſtitutus, vel conjunctus. Circa quæ plura conſultò omittimus, quæ videri poſſunt apud Peregrin. *d. art.* 15. vbi diſputando, an caducato primo gradu ſequens ſubſtitutus admittatur; ad multa particularia hujus materiæ ſatis vtiliter deſcendit. Nobis verò hæc pro Fideicõmiſſaria, & cæteris ſubſtitutionibus ſufficiant.

(.:.)

DISPUTA-

Digitized by Google

DISPUTATIO V.

De ijs, qui poſſunt, aut debent inſtitui hæredes, aliâue ratione honorari in teſtamento?

SECTIO I.

Conſtituitur regula generalis in hac materia, & agitur de perſonis incapacibus capiendi ex teſtamento.

SUMMARIUM.

Qvilibet homo poteſt inſtitui hæres, & capere ex teſtamento, qui per leges non reperitur exceptus, aut prohibitus; num. 1.

Satis eſt, quòd quis poſsit alteri acquirere ad hoc vt ei poſsit relinqui in teſtamento; ibid.

CUm proximè in ſuperioribus diſputationibus de inſtitutione, & ſubſtitutionibus dictum ſit, ſequitur agendum de ijs qui poſſunt inſtitui, & ſubſtitui; ac vniuerſim de omnibus qui per teſtamentum honorari poſſunt, vel non poſſunt: vbi tria hominum genera in conſiderationem veniunt. Vnum eorum quibus in teſtamento relinqui non poteſt: alterum eorum, quibus teſtator relinquere poteſt, ſi velit: tertium eorum, quibus non ſolùm poteſt, ſed tenetur relinquere, idque titulo inſtitutionis: Ac de his omnibus eodem ordine in præſenti agendum eſt.

1 ANte omnia verò pro generali regula conſtituendum, & habendum eſt, quemlibet poſſe hæredem inſtitui, & capere ex teſtamento, qui per leges non reperitur exceptus, aut prohibitus. Quam regulam poſt alios tradit Simon de Præt. *de Interpret. vlt. volunt. lib. 2. interpret. 2. dub. 1. ſolut. 1. num. 3. & lib. 3. interpret. 1. dub. 3. ſol. 2. numer. 2.* & ſumitur ex *Inſtitut. de Hæred. inſtit. in princip.* vbi Iuſtinianus ait permiſſum eſſe hæredes inſtituere tam liberos homines, quàm ſeruos: vnde cùm omnes, aut liberi ſint, aut ſerui, planè omnium inſtitutio eſt permiſſa, vt bene arguit Pichar. *in d. princip. Inſt. numer. 4.* Quod intelligitur exceptis ijs, qui ſpecialiter prohibentur. Et pari generalitate quibuſuis hominibus legari poteſt, juxta text. *in §. Legari, Inſtit. de legat.* ubi habetur, illos poſſe titulo legati capere, qui poſſunt hæredes inſtitui: ſatiſq; eſt quòd quis poſsit alteri acquirere ad hoc vt ei poſsit relinqui in teſtamento, vt patet in ſeruis, qui poſſunt hæredes inſtitui; cùm non ſibi, ſed dominis acquirant.

Iacto prædictæ regulæ fundamento, quòd poſſunt capere ex teſtamento, quicumque per leges non ſunt prohibiti: videndum priùs eſt, quinam ſint prohibiti: ſiquidem ijs cognitis, ſtatim de non prohibitis conſtat, facilèque ad cætera hujus diſputationis propria deuenitur. Cum autem prohibiri, ſeu incapaces ſuccedendi ex teſtamento, vel tales ſint ſimpliciter, ita vt nemo eis poſsit relinquere; vel ſolùm reſpectu alicujus, quibus ſcilicet prohibetur ſucceſsio alicujus perſonæ, nō

verò

verò aliarum: dicemus priùs de incapacibus ſimpliciter, deinde de alijs.

§. 1. *De ijs, qui ſunt ſimpliciter incapaces acquirendi ex teſtamento.*

SUMMARIUM.

Recenſentur plurimi, qui nec hæredes, nec legatarij eſſe poſſunt, numer. 2.

Non poteſt inſtitui hæres perſona omnino incerta, quæ non ſit de certis, vel poſtea ex futuro euentu certificanda, niſi ſit cauſa pia, num. 3.

Deportati, damnati in metallum, vel ad beſtias, & quicumque ex damnatione fiunt ſerui pœnæ, etiam hodie carent factione teſtamenti, tam actiuâ, quàm paſſiuâ, licèt aliqui diſſentiant, numer. 4.

Damnati ad triremes, vel ad perpetuum carcerem, ſunt ſimpliciter incapaces capiendi ex teſtamento, num. 5.

Deportatis, & quibuſuis alijs incapacibus capiendi ex teſtamento legari poſſunt alimenta, num. 6. *Item ij omnes, ſi ſerui pœnæ non ſint, inſtitui poſſunt à milite, num.* 7.

In Luſitania omnes prædicti damnati poſſunt inſtitui hæredes, exceptis damnatis ad mortem naturalem. Et idem eſt in Caſtella, num. 8.

Collegium illicitum non poteſt inſtitui hæres: bene tamen ſingulæ perſonæ illius. Et quodnam dicatur collegium illicitum? ſub num. 8.

Seruus accuſatus de adulterio cum domina non poteſt ab illa inſtitui, n. 9.

Qui inceſtas nuptias contraxerunt ſunt incapaces ſibi mutuò ſuccedendi, & quomodo id ſit intelligendum? n. 10.

Hæretici an ſint capaces acquirendi ex teſtamento? num. 11. *& ſeqq.*

Pœna impoſita per leges viduis nubentibus intra annum luctûs, vt non poſsint ſuccedere ex teſtamento, nec ab inteſtato, correcta eſt per jus Canonicum, numer. 16

Perſona, quæ jam obijt, inſtitui non poteſt: bene tamen, quæ nondum exiſtit, vt poſthumus. Et quomodo id intelligitur? num. 17.

Quando is, à quo hæreditas, vel legatum aufertur tanquam indigno, redditus eſt incapax illius, ſuccedunt in illis bonis alij hæredes defuncti. Si autem erat capax, ſuccedit Fiſcus, niſi illius delictum reſpiceret offenſam certæ perſonæ, ea enim tunc ſuccedit, non Fiſcus, num. 18.

Quandò hæreditas ob indignitatem inſtituti deuoluitur ad Fiſcum, tranſit in ipſum Fiſcum obligatio ſoluendi legata, & fideicommiſſa. Quando autem inſtitutus eſt incapax, & hæreditas deuenit ad hæredes ab inteſtato, tranſit ad illos abſque onere legatorum. Et quomodo id intelligatur? num. 19.

Filij reorum læſæ Majeſtatis ſunt incapaces cujuſcumque ſucceſsionis, etiam ab inteſtato, num. 20.

Transfugæ, ſeu qui deficiunt ad hoſtes, nequeunt honorari ex teſtamento, & habentur tanquam deportati, num. 21.

Ciuitatibus hoſtium nihil poteſt relinqui teſtamento, neque communitati Iudæorum, aliorumue infidelium, etiam apud nos commorantium, num. 22.

Inſtitui hæredes non poſſunt fratres Minores, neque eorum monaſteria, ibid.

Inſtitutio incapacium ſuſtinetur, ſi fiat ſub cõditione, Si reddantur capaces, *ſeu vt ſint hæredes, quando capere poterunt, num.* 23. *Hujuſmodi autem conditio nunquam ſubintelligitur, niſi tãtùm in ſeruo, num.* 24 *& ſeq.*

Vt inſtitutio valeat opus eſt, vt inſtitutus ſit capax tempore teſtamenti, mortis teſtatoris, & aditionis hæreditatis ſi ſit extraneus; ſi autem ſit Suus, aut neceſſarius hæres, ſatis eſt quòd ſit capax tẽpore teſtamenti, & mortis teſtatoris: incapacitas medio tempore contingens non nocet, num. 26.

Ergo

2 Ergo ſimpliciter incapaces, qui nec hæredes, neque legatarij eſſe poſſunt, hi communiter numerantur; primo, perſona incerta, vt per text. *in §. Incertis, juncto §. præced. Inſt. de Legat.* Secundò, deportatus, ſiue peregrinus, vt per *l. 2. Cod. de Hæred. inſtit.* Tertiò, damnatus in metallum, *l. Si in metallum, ff. de His qui pro non ſcript. haben.* Quartò ſeruus de adulterio cum domina commiſſo accuſatus, *§. 2. Inſtit. de Hæredib. inſtit.* Quinto, collegium, niſi probetur licitum, *l. Collegium, Cod. de Hæredib. inſtit.* Sextò, inceſtuoſi, *Auth. Quibus mod. natural. efficiantur ſui, §. vltim. collat. 7.* Septimò, hæretici maioris hæreſis, vt *l. Manichæos, §. Ipſos quoque, & §. Ergo, Cod. de Hæret.* Octauò apoſtatæ, *l. Hi qui ſanctam, Cod. de Apoſtatis.* Nonò, mulier nubens intra annum à tempore mortis mariti. *Auth. De nuptijs, §. 1. collat. 3.* Hos omnes numerat Gloſ. *1. in d. §. Legari, Inſtit. de Legat.* Eorumdem meminit Speculat. *2. p. tit. de Inſtrum. edit. §. Compendioſè, col. 4.* vbi præter aſsignatos numerat quoslibet hæreticos ab Eccleſia damnatos, per *cap. Excommunicamus, in princip. & cap. pen. de Hæret.* Item qui non eſt in rebus humanis, per *l. Quidam referunt, ff. de Iure Codicil.* Tandem, & generaliter omnes indignos, vt per totum *tit. ff. Et Cod. Quibus vt indignis.* Eoſdem ferè recenſet Simon de Præt. *lib. 2. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 2. dub. 1. ſolut. 2. num. 4.*

3 Cæterùm in his ferè omnibus magna opus eſt explicatione, vel moderatione, quia in primis quòd attinet ad perſonam incertam, licèt olim non potuerit inſtitui, hodie tamen poſſe affirmat Donel. *lib 6. de Iure Ciuili, cap. 17. ad finem,* per ipſummet text. *in d. §. Incertis, Inſtit. de Legat.* quatenus ibi dicitur quod olim id conceſſum non erat; quo planè innuitur jam hodie concedi. Et quidem valere inſtitutionem, & legatum relictum perſonæ incertæ, quæ aliquo futuro euentu certificabitur, vt ei qui teſtatoris filiam duxerit, vel primus ad ejus funus venerit: item relictum perſonæ incertæ de certis, quæ non venit certificanda, vt cum inſtituitur, vel legato honoratur vnus de filijs Sempronij, tradidimus cum communi ſententia *diſp. 3. ſect. 6. num. 116. & 118.* conſentit Pichar. *Inſt. de Bon. poſſeſ. in princip. num. 5. & ſeqq.* vbi docet, etiam alienum poſthumum poſſe, ac ſemper potuiſſe hæredem inſtitui; quia licèt ſit incertus tempore teſtamenti, & mortis teſtatoris; attamen venit certificandus ex futuro euentu, & eſt incertus de certis, nempe de certa muliere, vel quæ ipſa poſthumi natiuitate certificabitur. Quando autem inſtituta eſſet perſona penitus incerta, ideſt nec de certis, nec poſtea certificanda, tunc inſtitutio non valebit, niſi eſſet facta ex cauſa pia, ut cùm teſtator dixiſſet, ſe relinquere bona ſua Eccleſiæ non deſignando hanc vel illam, vel ſi juſsiſſet ea in pauperes diſtribui, vt *d. ſect. 6. ſub num. 103.* declaratum eſt, qua *eadem ſect.* plura dicta ſunt pro caſu quo nó conſtat de qua perſona teſtator ſenſerit in inſtitutione, vel legatis.

Deinde circa deportatos, & damnatos in metallum, non deſunt qui teneant illos hodie per nouum jus Ciuile factionẽ habere teſtamenti tam actiuam, quàm paſsiuam, & ſic hæredes, & legatarios eſſe poſſe, ſi ſint ingenui; eoquòd per *Auth. Sed hodie, Cod. de Donat. inter vir. & vxor.* nullus hodie qui liber ſit natus, efficiatur ex damnatione ſeruus pęnæ, qui ſcilicet ex ſupplicio ciuitatem, & libertatem amittat: vnde videtur ceſſare fundamentum ex quo antea deportati, & damnati in metallum carebant factione teſtamenti, quod erat, quia cùm ciuitatem amitterent deſinebant eſſe ciues Romani, & habebantur pro mortuis, quoad omnia quę erant juris Ciuilis. Ita ſentiunt Couar. *in rubr. de Teſtament. p. 3. num. 27.* Anton. Gom. *in l. 4. Tauri, num. 2.* & alij. At contrarium meritò docet poſt alios Molina *tom. 1. de Iuſt. tract. 2. diſp. 9. ſub num. 5. & diſp. 154. verſ. De jure Ciuili,* & conſtat ſatis ex traditis *diſp. 1. ſect. 2. §. 6. num. 82. & 88.* vbi oſtendimus 4

Digitized by Google

mus etiam hodie hos damnatos eſſe inteſtabiles. Ratio quoad deportatos eſt manifeſta; quia per *d. Auth. Sed hodie*, ſolùm fuere correcta jura antiqua quoad damnatos, qui fiebant ſerui pœnæ, vt deinceps libertatem non amitterent: vnde nihil fuit immutatum quo ad deportatos, qui non libertatem, ſed ſolùm ciuitatem amittebant. Quare cùm factio teſtamenti non ſit conceſſa iis, qui ciuitate carent, planum eſt quòd etiam hodie deportatis non competit. Quoad damnatos in metallum inde etiam conſtat; quia licèt per *d. Auth. Sed hodie*, ſit eis indultum, ne fiant ſerui pœnæ, & ſic quòd libertatem non amittant; at non eſt illis remiſſum, quòd ciuitatem amittant vt contra Benedictum Ægydium declarauimus *d. §. 6. num.* 83. Atque idem dicendum de damnatis ad beſtias, ac de cæteris, qui olim fiebant ſerui pœnæ, & à fortiori de damnatis ad mortem naturalem, cùm verius ſit quòd hi, etiam hodie, non ſolùm amittant ciuitatem ſed etiam libertatem, vt cū Barth & cõmuni probauimus, *d. § 6. n. 65.*

5 Hinc colliges damnatos ad triremes eſſe ſimpliciter incapaces capiendi ex teſtamento, vt in ſpecie notat Donel. *de Iure Ciuili lib. 6. cap.* 17. & poſt alios Simon de Præt. *d. ſolut.* 1. *numer.* 10. quia æquiparantur damnatis in metallum, vt eſt communis ſententia, quam relatis multis tradidimus *diſp. 1. ſect. 2. §. 6. numer.* 85. Idemque dicendum de damnatis ad perpetuum carcerem, quia hi quoque damnatis in metallum comparantur, vt etiam *d. §. 6. num.* 86. ex multis DD. aduertimus.

6 Nota verò primò omnibus prędictis legari poſſe alimenta: hæc enim cuilibet relinqui poſſunt, etiam aliàs ſimpliciter incapaci, & qui habetur pro non ſcripto, *l. 3. ff. de His quæ pro non ſcriptis hab.*

7 Nota Secundò deportatos, & cæteros, qui aliàs nequeunt capere ex teſtamento poſſe hæredes inſtitui à milite, ſi non ſint ſerui pœnæ, *l. Neque, & ibi Gloſ. ff. de Milit. teſtam.* vnde cùm hodie nullus ingenuus efficiatur ſeruus pœnæ ex damnatione ad mortem ciuilem, *d. Auth. Sed hodie*, conſequens eſt quòd hodie tam deportati, quàm damnati ad metallum, & quodlibet opus publicum, vt ad remos, & ſi quod eſt ſimile, poſſunt eſſe hæredes, & conſequenter etiam legatarij ex teſtamento militis, id quod etiam in damnatis ad mortem naturalem locum habet, juxta probabilem ſententiam, quæ tenet, etiam reſpectu illorum, ſi ſint ingenui, ſublatam eſſe illam ſeruitutem, per *d. Auth. Sed hodie*. Cujus tamen oppoſitum cum cõmuni docuimus *diſp. 1. ſect. 2. §. 6. n. 65.*

Nota tertiò quod in hoc regno Luſita- 8
niæ omnes prædicti damnati, præter damnatos ad mortem naturalem, videntur poſſe capere ex teſtamento, quia *lib. 4. Ordin. tit.* 8. vbi agitur de iis qui non poſſunt teſtari, nulli alij damnati præterquam ad mortem naturalem, pronunciantur inteſtabiles. Unde videtur cæteris omnibus permitti quòd teſtari poſſint, vt tenet Molina *d. diſp. 9. numer.* 9. Ex quo rectè infertur, quòd etiam eis permittitur, vt poſſint inſtitui, & capere ex teſtamento, quia in ejuſmodi damnatis actiua, & paſſiua facti o teſtamenti à pari procedunt: ſi enim ſunt priuati ciuitate, vtrâq; carent; ſi ciuitate gaudent, vtramq; habent Et ita ſentit idem Molina *d. tract. 1. diſp. 154. verſ. De jure Ciuili*, vbi addit idem eſſe de jure Caſtellæ, *in l. Tauri*, 4.

Pro Collegio etiam illicito notandū, illicitum cenſeri ſi publica authoritate conſtitutum non ſit. Cæterùm licèt tale collegiū hæres eſſe nequeat, tamen particulares illius perſonæ rectè poſſunt inſtitui, *l. Cum Senatus, ff. de Rebus dubiis.*

Circa ſeruum accuſatum de adulterio
cum domina, conſtat eum non eſſe omni- 9
no incapacem inſtitutionis, ſed ſolùm reſpectu ipſius dominæ, vt ſcilicet pendente accuſatione de illo crimine nequeat ab illa inſtitui. Sic enim habet text. *in d. §. 2. Inſt. de Hæredib. inſtit.* & in *l. His verbis, § Interdum, ff. eod tit.* Vnde ſi ab alio inſtituatur valida erit inſtitutio, ſicut de quolibet alio ſeruo alieno.

Quod præterea ſubditur de 10
inceſtuoſis, minimè habetur, *illo §. vltim. Authentic. Quibus modis*

nat. offic. ſui ſed ſolùm quadam ex parte colligitur ex *l. Siquis inceſti, 6. Cod. de Inceſtis nuptijs*, vbi conſtituitur, quod contrahentes inceſtas nuptias nec ex teſtamento, nec ab inteſtato poſsint habere ſucceſſores, præter quaſdam perſonas ibi declaratas, & quod ijs deficientibus, ſuccedat illis Fiſcus in omnibus bonis. Ex qua Conſtitutione ſequitur ipſos inceſtuoſos reddi quidem incapaces ſibi mutuò ſuccedendi, non autem ſuccedendi alijs: vnde eorum incapacitas non eſt ſimpliciter, ſed ſolùm reſpectu complicis. Et ita intelligit Donel. *de Iure Ciuili, lib. 6. cap. 17.* illud etiam rectè aduertit Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 3. dub. 46. num. 6.* dictam Conſtitutionem ſolùm obligare poſt ſententiam; cùm ſit facta in pænam nuptiarum inceſtarum; ac proinde ſi dicti inceſtuoſi ante ſententiam criminis declaratoriam aliquid donent, vel relinquant alicui perſonæ in dicto textu non permiſſæ, tenere factum, nec donatarium teneri reſtituere ante ſententiam.

11 Quod etiam dicitur de hæreticis, eos eſſe incapaces acquirendi ex teſtamento, ſine magna controuerſia non tranſit. Cótrariam enim ſententiam ſtando in jure Ciuili & Canonico, tenet Sanch. *tom. 1. in Decal. lib. 2. c. 14. n. 34.* juncto *n. 31.* vbi reſpondet ad omnes textus, ex quibus illa incapacitas ab Aduerſarijs aſſeritur & plures DD. pro hac ſua opinione adducit. Iuxta quam concludit hæreticos poſſe retinere bona ſibi teſtamento relicta, quamdiu ſententia criminis declaratoria aduerſus eos non profertur; eâ verò ſecutâ, amittere illa Fiſco, ſicut cætera bona quæ habebant.

12 Nihilominus communiſsima ſententia, à qua recedendum non videtur, eſt hæreticos eſſe ſimpliciter incapaces cujuslibet ſucceſsionis, etiam ab inteſtato. Hanc præter Gloſ. & DD. ſup. *n. 2.* citatos, tenent Quemada *in ſuis QQ fiſcalibus, q. 18. per tot.* Menoch. *conſil.* 185. *num.* 14. & *conſil.* 186 *n.* 14. *volum.* 2. & *conſil.* 1128. *n.* 4. *&* 5. *vol.* 12. Simanc. de Cathol. inſtit. *tit.* 9. 124. Meres de Maioratib. *in 1. edit. p. 1. q. 1. n. 91. & ſeqq.* Auendan. junior *in l. 4. Tauri, Gloſ. 7 n. 11.* Ceruantes ibid. *n.* 38. *&* 39. Azeued. *lib.* 8. *Recopil. tit. 3. l. 1. n.* 164. Tellius *in d. l. 4. Tauri, n.* 49. Vazq. 1. 2. *diſp.* 169. *c.* 3 *n.* 32. Azor. *p. 1. Inſt. moral. lib. 5. c.* 8. *q.* 1. & *lib.* 8. *c.* 12 *q.* 8. & alij. Quæ quidem ſententia ſufficienter probatur per *d. l. Manichæos, 4.* juxta communem intellectũ, *C. de Hæret.* Et in regno Caſtellæ eſt citra dubium, vt ipſe etiam Sanch. fatetur *d. n. 34. per l. fin. tit. 7. p. 6.* Quòd ſi hæretici ſint apoſtatæ, ideſt, qui à fide Catholica defecerunt poſtquam eam fuerant profeſſi, etiam de jure communi videtur citra dubium eos carere factione teſtamenti, etiam paſsiua, vt patet *ex d. l. Hi qui ſanctam, 3.* ibi; *Teſtamenti non habeant factionem, nulli in hæreditate ſuccedant, à nemine ſcribantur hæredes; Cod. de Apoſtatis.*

Iuxta hanc ſententiam ſi hæretico aliquid per vltimam voluntatem relinqua- 13
tur, tenetur non acceptare; & ſi acceptet, debet illud reſtituere alijs hæredibus, quia cùm ſit incapax ſuccedendi, nullum jus ſibi acquirit: vnde neque Fiſcus qui eſt ſucceſſor talis delinquentis poteſt ratione illius bona illa occupare; ac proinde dimittenda ſunt alijs hæredibus defuncti. Ita Quemada, Simanc. Meres, Auendan. Menoch. & Ceruantes *loc. cit.* Quod etiam procedit in hæreditate relicta ab inteſtato, vt notant Simanc. Meres, & Auendan. ibidem. Conſtatque apertè hæc reſolutio ex illa regula, quòd vbi lex ob proprium conſtituti delictum reddit illum incapacem hæreditatis, non applicat illam Fiſco, ſed alijs hæredibus, vt conſtat per text. *in l. Si in metallum, 3. ff. de His quæ pro non ſcriptis hab. cum concord.* Aduerte autem hanc reſolutionem procedere, niſi relinquens ſciret eum, cui relinquit, eſſe hæreticum; nam tunc in pænam ipſius relinquentis tale relictum confiſcaretur. Ita Sanch. *dict. cap. 14. numer. 28.* poſt Simanc. *de Cathol. inſtit. tit. 46. numer. 56.* Azeued. *dict. l. 1. numer.* 160 & Azor. 1. *p. Inſt. moral. lib. 5. cap.* 8. *quæſtion.* 1 *& lib.* 8 *cap* 12. *quæſt.* 8.

No-

14 Notandum hìc etiam eſt ex Sanch. *ſup num.* 40. Caſtro Palao *tract.* 4. *de Fide, diſp.* 5. *puncto* 26. *num.* 7. & alijs, quos referunt, dictam incapacitatem ſolùm habere locum in hęretico, quamdiu talis perſeuerat; nam ſi reſipiſcat, & à fortiori ſi per Eccleſiam reconcilietur, totum illius incapacitatis fundamentum ceſſat; & ita illa etiam ceſſet, neceſſe eſt. Quocirca ſi hæretico relictum ſit annuum legatum pro alimentis, quo caſu tot ſunt legata, quot anni quibus legatum cedere debet, *l. Si cum præfinitione,* 20. *ff. Quando dies legati ced* pręſtari debent ea legata, ſeu alimenta illi homini ſingulis annis, poſtquam reſipuerit, vel ſaltem poſtquam per Eccleſiam fuerit abſolutus; quia cùm ſint plura legata, quę ſingulis annis cedunt, tuncque cedant quando ille eſt Catholicus, ei omnino debentur, nec propter præteritam hæreſim confiſcantur. Quæ autem ceſſerunt tempore hæreſis pertinent ad Fiſcum, & publicari debent, ſicut cætera bona, quę hęreticus habebat; nam quamuis hæreticus juxta ſententiam, quam ſequimur, ſit ſimpliciter incapax acquirendi ex teſtamento, attamen hoc limitatur in legatis alimentorum, vt ſumitur ex *d. l. Si in metallum,* 3. *ff. de His quæ pro non ſcript. haben* & tradit in ſpecie Sanch. *d. cap.* 14. *num.* 41. licèt contradicat Palaus *ſupra, num* 9. qui putat ea quæ ceſſerunt tempore hæreſis pertinere ad alios hæredes. Totam hanc reſolutionem amplectitur, & latiùs probat idem Sanch. *n.* 42. *& ſeqq.* vbi alios refert.

15 Illud quoque in præſenti non omittendum, eſſe ſpecialiter prohibitum clericis *in cap. Si quis Epiſcopus, & c. In eos, de Hæret* ſub pæna anathematizationis poſt mortem, ne hæredes inſtituant hæreticos, vel paganos, etiamſi cõſanguinei ſint. Itẽ in regno Caſtellæ per *l. vlt tit.* 7. *Part.* 6. neq; Mahometanus, neq; Iudæus poteſt hæres inſtitui à Chriſtiano, eoque ipſo hæreditas deuoluitur ad hęredes ab inteſtato. Notat hoc Mol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 154. *verſ. De jure regni.*

16 Quod vlterius dicitur de vidua nubente intra annum luctûs, licèt ita conſtitutũ ſit per jus Ciuile, vt latè declarat Sanch. *lib.* 7. *de Matrim. diſp.* 87. *n.* 7. *& ſeqq.* vbi *n.* 9. concludit, talem viduam eſſe de jure Ciuili ſimpliciter incapacem capiendi ex teſtamento, tam ab extraneis, quàm à conjunctis, & ab inteſtato à conjunctis vltra tertium gradum. At tota hæc pæna, & aliæ viduis nubentibus intra annum luctûs per jus Ciuile impoſitæ abrogatæ ſunt per jus Canonicum, vt eſt communis penè omniũ ſententia, quam probat text. *in c. fin. de Secund. nupt.* vbi quanuis ſola pæna infamiæ expreſsè auferatur; at ratio, quæ de illa redditur, cæteras etiam comprehendit, vt patet ex illis verbis, ibi; *Non debet legalis infamia ſuſtinere cenſuram, quæ licèt poſt viri obitum infra tempus luctûs, ſcilicet vnius anni ſpatium, nubat, conceſſâ ſibi tamen ab Apoſtolo vtitur facultate;* & ita innumeris penè DD. relatis, docet idem Sanch. *d. diſp.* 87. *numer.* 23. *cum ſeqq.*

Quod deinde additur de perſona, quæ non eſt in rebus humanis, intelligitur de perſona, quæ non exiſtit, eoquod jam è viuis exceſſerat. De hac enim loquitur 17 *d. l. Quidam referunt, ff. de Iure codicil.* & patet ratione quia, qui jam obijt non poteſt redire in hunc mundum; & ita nihil poteſt capere, nec jus aliquod acquirere ex teſtamento. Si autem loquamur de eo, qui non eſt in rebus humanis, aliquando tamen exiſtet, vt poſthumus, qui nondum conceptus eſt, is profectò rectè poteſt inſtitui; imò, ſi eſt poſthumus Suus, qualis eſt qui natus inter ſuos futurus eſt hæres teſtatori, *§. Ita demum, verſ. Poſthumi, Inſtit. de Hæred. quæ ab inteſt.* non ſolùm poteſt, ſed debet inſtitui, aut exhæredari, ne natus teſtamentum rumpat ſe præteritum inueniens, *§. Poſthumi, Inſtit. de Exhæred liber. l.* 1. *&* 3. *Cod. de Poſthum. hæred. inſtit. l. Poſthumo nato, C. de Bon. poſſeſ. contra tab. cum ſimilib.* Si autem ſit poſthumus alienus, qualis eſt, qui natus inter ſuos hæres teſtatori futurus non eſt, *§. Poſthumo quoque, Inſtit. de Legat.* is etiam bene poteſt hodie inſtitui, & legato honorari, licèt olim aliter ſe res ha-

Digitized by Google

beret, §. *Sed nec hujuſmodi, Inſt. de Legat.* Qua de re latè Pichar. *Inſtit. de Bonor. poſſeſ. in princip.*

18 Quod tandem dicitur de indignis, non ita accipiendum eſt, quaſi omnes, qui vt indigni à ſucceſsione remouentur, ſint illius incapaces; nam ij, de quibus agitur in *tit. ff. & Cod. Quibus vt indignis,* qui Fiſco hæreditatem amittunt, omnes ſunt capaces illius, eamque acquirunt, alioqui deuolueretur ad alios hæredes, Fiſco penitus excluſo; eſt enim receptiſſima regula per *dict. l. Si in metallum, 3. ff. de His quæ pro non ſcript. habentur,* quòd, quando is, à quo hæreditas, vel legatum aufertur tanquam indigno, redditur incapax, & inhabilis per legem ad ſuccedendum, illa relicta non applicantur Fiſco, ſed hæredibus venientibus ab inteſtato, vel alijs cohæredibus, ſi alij inſtituti ſunt; quando autem non redditur incapax, applicantur Fiſco; quia tunc acquiruntur ipſi indigno, & conſequenter nullum jus ſupereſt hæredibus; proindeque ſi ab eo vt indigno auferantur, ſuccedit Fiſcus: ſic quoad vtramque partem: Barthol. *in l. Hæreditas, numer. 3. cap. Quibus vt indignis,* & ibi Bald. *numer. 6.* Paul. de Caſtr. *num. 5.* Salic. *numer. 10.* Iaſ. *numer. 10.* & cæteri *ibidem,* Molina Iuriſta *lib. 1. de Primogen. cap. 9. numer. 26. & ſeq.* Prætis *lib. 3. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dub. 3. ſolut. 2. numer. 7.* multique alij, quos refert & ſequitur Sanch. *lib. 7. de Matrimon. diſp. 87. numer. 8.* Poſterior tamen pars, quòd ſcilicet quando indignus non redditur incapax, applicatur Fiſco, intelligenda eſt, niſi delictum, quo ille redditur indignus, reſpiceret offenſam certæ perſonæ; tunc enim illi, & non Fiſco, bona applicarentur. Sic Barthol. Paul. de Caſtr. Salic. Iaſ. & Sanch. *loco citat.*. Utrùm verò Fiſcus excludat ſubſtitutum datum inſtituto indigno ſuccendi capaci? Vide *ſupra diſp. præced. ſect. 2. §. 11. per tot.*

19 Ex quibus autem cauſis hæres efficiatur indignus, ita vt hæreditatem Fiſco amittat, conſtat ex toto *d. tit. ff. & Cod. Quibus vt indignis,* & latè poſt alios declarat Mol. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 178.* Illud tamen aduerte, quando hæreditas ob indignitatem inſtituti ad Fiſcum deuoluitur, tranſit in ipſum Fiſcum obligatio ſoluendi legata, & fideicommiſſa; idque licèt inſtitutus non adiuiſſet hæreditatem, vt cum communi tradidimus *diſp. 2. ſect. 10. §. 2. num. 406.* Quando autem inſtitutus eſt incapax, & hæreditas deuenit ad hæredes ab inteſtato, vt fit quando non ſunt inſtituti alij capaces, tunc tranſit ad illos abſque onere legatorum, & fideicommiſſorum, niſi in teſtamento appoſita ſit clauſula Codicillaris, vel alia ratione ipſi hæredes ab inteſtato ſint rogati à teſtatore, quia in tali caſu hæreditas deuoluitur ad hæredes ab inteſtato, non ex volũtate teſtatoris, ſed ex lege; atq; adeo ſine onere à teſtatore injuncto, *l. 1. §. fin. ff. de Leg. 3.*

Præter ſuperiùs commemoratos, ſunt 20
ſimpliciter incapaces cujuſque ſucceſsionis, etiam ab inteſtato, filij reorum læſæ Majeſtatis, vt expreſsè conſtituitur *in l. Quiſquis, 5. §. 1. C. Ad Leg. Iul. Majeſtatis.* Vnde à fortiori arguitur idem dicẽdũ de ipſis reis, vt videtur ſentire Sanch. *tom. 1. in Decal. lib. 2. c. 14. n. 31.* & tenent expreſsè Cepola *conſilio Ciuili. 58. n. 24.* Gigas *tract. de Crimine læſæ Majeſt. lib. 2. tit. de Pœnis committentium hoc crimen, q. 31 per tot.* Decian. *in ſua Practica, lib. 7. c. 40. n. 26.* Meres *de Maioratib. in 1. edit. part. 1. q. 1. n. 100.* Ceruantes *in l. 4. Tauri, num. 42.*

Neque etiam teſtamento honorari poſ- 21
ſunt transfugæ, ſeu qui deficiunt ad hoſtes, vt notat Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, c. 17. per l. Amiſsione, 5. §. 1. ff. de Capit. diminut.* vbi hi plectuntur amiſsione Ciuitatis, & conſequenter priuantur factione teſtamenti tam actiua, quàm paſsiua; cùm deſinant eſſe ciues, & ſic habeãtur tanquã mortui quoad omnia, quæ ſunt juris Ciuilis, ſicut deportati, & alij qui mediam capitis diminutionem patiuntur, de quibus *ſup. n. 4.* dictum eſt. Vnde generaliter omnes peregrini, id eſt, qui ciuitatem amiſerunt, dictam incapacitatem habent, vt idẽ Donel. notauit, & habetur expreſsè *in l 1. C. de Hæred. inſtit.*

Sunt

Digitized by Google

22 Sunt etiam incapaces ne inſtitui, ſiue relinqui poſsit, ciuitates hoſtium, *l. Omnibus, ff. Ad Trebel.* Item communitas Iudæorum, & quælibet aliæ infidelium, etiamſi apud nos commorentur, & permittantur, *l. 1. Cod. de Iudæis.* Fratres quoque ordinis Minorum, eorumq; monaſteria cum incapacibus numerantur, quia hæredes eſſe non poſſunt, qua de re dicemus, *ſect. ſeq.*

23 Ad extremum pro quibuſcumque incapacibus ſciendum, ſi inſtituantur ſub conditione, *Si reddantur capaces*, ſeu, *vt ſint hæredes, quando capere poterunt*, talem inſtitutionem ſuſtineri ex benignitate, vt expreſsè habetur, *in l. In tempus, 62. ff. de Hæred. inſtit.*

24 Quæres an dicta conditio ſubintelligatur, quando incapax fuerit purè inſtitutus, & conſequenter, an talis inſtitutio valeat pro caſu, & tempore, quo incapacitas ceſſauerit? Reſpondetur negatiuè; quia hæreditas relicta incapaci in ea eſt cauſa, acſi ille ſcriptus non eſſet, vt de deportatis, & peregrinis habetur *in d. l. 1. Cod. de Hæred. inſtit.* vnde portio eis relicta, vel pertinet ad cohæredes, vel ſi hi non extent, ad hæredes legitimos, ſeu ab inteſtato venientes, vt generaliter de omnibus, quæ habentur pro non ſcriptis traditur *in dict. l. Si in metallum, 3. ff. de His quæ pro non ſcript.* Si autem intelligerentur inſtituti ſub illa conditione, & ſic validè in illius euentum, minimè verificaretur, eos haberi pro non ſcriptis, cùm non parui momenti eorum inſtitutio foret; & ita docet Donel. *d. cap. 17.* *Donel. lit. K.*

25 Fallit autem hæc reſolutio in ſeruo, qui ſemper intelligitur inſtitutus, vt poſſit ſibi capere & acquirere, ſi capax fiat, ideſt, ſi ante aditam hæreditatem fiat liber, *l. Si Paterfamil. 40 ff. de Hæredib. inſtit.* quod procedit etiam ſi ſit ſeruus domini, qui capere non poſsit; nam tunc quoque ſi antequam adeat, ſit manumiſſus, ſibi acquirit, vt ſentit Donel. vbi *ſupra, per l. Si ſeruus ejus, 81. ff. de Acquir. hæred.* vbi eſt caſus expreſſus. Vnde non placet, quod in contrarium ſcribit Uſuald. *in not. ad loc. cit.*

Quæres præterea, quid dicendum, ſi rectè initio inſtitutus, poſtea fiat incapax? Reſpondetur, ſi inſtitutus ſit extraneus, opus eſſe, vt ſit capax tribus temporibus, nempe teſtamenti, mortis teſtatoris, & aditionis hæreditatis, *l. Si alienum, 49. §. 1. ff. de Hæred. inſtit. & §. In extraneis, Inſt. de Hæred. qualit. & different.* vnde incapacitas medio tempore contingens non nocet, vt in iiſdem textibus declaratur. Si autem inſtitutus ſit Suus, aut neceſſarius hæres, ſatis eſt quòd ſit capax tempore teſtamenti, & mortis teſtatoris, quia in hoc non requiritur aditio ad hoc vt hæreditatem acquirat. Ratio, cur dicta tempora ſint neceſſaria, redditur in textibus citatis, & latiùs eam declarat Uſuald. *in not ad Donel. enucleatum lib. 8. cap. 13. lit. E.* Et ibi præcipuè expendit neceſsitatem capacitatis tempore teſtamenti, idque ſiue hæres inſtitutus ſit purè, ſiue conditionaliter, excepto caſu, quo inſtitutus ſit ſub conditione, *Si capax efficiatur* juxta ſupra dicta, *numer. 23.* 26

§. 2. *De iis, qui ſolùm reſpectu alicujus perſonæ certæ ſunt incapaces ſuccedendi. Vbi de filiis ſpuriis.*

SUMMARIUM.

Filii ſpurii ſunt ſimpliciter incapaces ſuccedendi reſpectu patris, & interdum etiam reſpectu matris; numer. 27.

Qui ſint, & dicantur filii legitimi? num. 28. & ſeqq.

Qui ſint, & dicantur filii naturales, tum Cæſareo, tum Canonico jure ſpectato, tum etiam Luſitano? numer. 32.

Yy 3 *Spurii*

Spurij dicuntur omnes illegitimi, qui naturales non ſunt. Atque ex illis quidam ſunt ex coitu damnato, & punibili in foro externo: alij verò ex non punibili; num. 33. *Et quinam coitus illegitimus non dicatur damnatus, nec punibilis; num.* 24.

Filij naturales non ſunt omnino incapaces ſuccedendi patri, & in Luſitania, ſi pater ſit plebeius, ei ſuccedunt pariter cum legitimis; num. 35.

Omnis ſpurius de jure Cæſareo eſt incapax ſuccedendi patri, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato. Et idem eſt de jure Luſitano; num. 36.

Spurius ex coitu damnato, & punibili per leges, eſt etiam incapax ſuccedendi matri, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato; num. 37.

Vtrum ſpurius ex coitu damnato, non autem punibili per leges, ſit etiam incapax ſuccedendi matri? numer. 38. *& ſeqq. Quid ſpectato jure Luſitano; num.* 41.

Vtrùm filius conjugati, vel clerici, & ſolutæ ſuccedat matri? num. 39.

Spurius non poteſt à patre ſubſtitui vulgariter, neque fideicommiſſariè: poteſt autem pupillariter; num. 42. *& ſeq.*

Amicus, cui teſtator habens filium ſpurium bona ſua relinqueret ſub fide, & promiſſione, quòd ea reſtituet illi filio, non tenetur talem promiſſionem implere; num. 44.

Vtrùm nihilominus talis amicus poſſit ea bona ſibi retinere, & illi ſpurio dare, ſi velit? num. 45, *& ſeqq. Tam teſtator, quàm ille amicus promittens, ſe reſtituturū bona ſpurio, graviter peccat; num.* 48.

Spurius vtiliter poteſt à patre inſtitui ſub conditione, ſi à Principe legitimetur, vel ſi pater in teſtamento, ei det licentiam faciendi ſe legitimari; num. 49.

Vtrùm dum illa conditio pendet, poſſit talis ſpurius petere bona paterna, vt ea adminiſtret? num. 50.

Si ſpurius à patre inſtitutus legitimetur poſt conditū teſtamentū vivo ipſo patre convaleſcit inſtitutio. Secus autem, ſi legitimetur poſt mortem patris; ibid.

INcapaces ſuccedendi reſpectu alicujus tantùm perſonæ certæ, præter ſervum accuſatum de adulterio cum domina, & pollutos inceſtis nuptijs, de quibus occaſione ſimpliciter incapacium ſatis §. præced. num 9. & 10. dictum eſt, 27
ſunt tantùm filij illegitimi, ijque ſpurij, qui licèt ob natalium defectum, non ſint ſimpliciter incapaces capiendi ex teſtamento; incapaces tamen ſunt reſpectu patris, & interdum etiam reſpectu matris quare de his nobis in præſenti, & in ſeqq. §§. pleniùs agendum eſt; cum materia ſit frequens, & multis dubitationibus obnoxia.

Ante omnia ergo præ oculis habendum, filios quoſdam eſſe, & dici legitimos, 28
quoſdam naturales; quoſdam ſpurios. Legitimi ſunt, & dicuntur, qui ex matrimonio in facie Eccleſiæ cū bona fide, ſaltem ex parte alterius conjugis, celebrato nati ſunt, eſto matrimonium propter occultum impedimentū fuerit nullum. Ita *per cap* 2. *& cap. Ex tenore, qui filij ſint legitimi* docent communiter DD. Gloſ. *in cap. Cum inhibitio, verb. Ambo, de Clandeſtin. deſpon.* Duen. *regul.* 150. *limit.* 2. *verſ. Circa.* Coſta *in cap. Si pater,* 1. *p. verb. Vxorem; num.* 2. *de Teſtament. in* 6. Martienſo *lib.* 5. *recopil. tit.* 1. *Gloſ.* 1. *num.* 116. Molin. *tom* 1. *de Iuſt diſp.* 165. *in princip.* Mol. Iuriſta *de Primogen. lib.* 3. *cap.* 1. *numer.* 12. Sanch *de Matrimon. lib.* 8. *diſp.* 34. *num.* 46. & cum multis alijs Auguſt Barb. *in Collect. ad d. cap.* 2. *num.* 4. *&* 9. *& d. cap. Ex tenore, num.* 2. *&* 4.

Vbi notandum cum Coſta Sanch. Barb. *vbi ſupra,* & alijs, quos referunt, 29
quòd licet talis filius gaudeat jure legitimitatis, etiam reſpectu parentis, qui nulliter mala fide contraxit, ipſe autem parens minimè tali jure gaudet reſpectu illius filij, ſed ſolus innocens, qui contraxit bona fide: quamuis probabilitate etiam non careat, vtrumque parentem cenſeri legitimum, ac proinde poſſe ſuccedere illi filio, vt cum Avendan & Cevallos tenet idem Auguſtin. Barb. *in d. cap. Ex te-*

tenore, num 4. fine

Notandum præterea, licèt matrimoni-
30 ùm celebratum non ſit in facie Eccleſiæ, ſi tamen ſit validum, vt quia clandeſtinum ob non præmiſſas denunciationes, filios ex eo genitos legitimos eſſe, vt relatis pluribus tradit, ac bene probat Sanch. *lib. 3. de Matrimon. diſp. 42. num* 8 & Auguſt Barb. *in Collect. ad cap. Quod nobis, 9 numer. 3. Qui filij ſint legitim.* licet nonnulli refragentur, qui meritò audiendi non ſunt. Si autem tale matrimonium fuit inualidum, tunc licèt fuerit contractum bona fide, ſeu cum ignorantia impedimenti, filij ex eo geniti legitimi non euadunt, vt probat text. *in cap. fin. §. Si quos verò, de Clandeſtin. deſponſ.* Ratio deducta ex ipſo textu eſt, quia illa impedimenti ignorantia, non cenſetur probabilis, ſed potiùs affectata; cùm contrahentes omiſerint requiſita ad veritatem aſſequendam. Vnde rectè Barthol. *in l. fin. in princip. ff de Ritu nupt. & l. Poſt contractum, numer. 7. ff. de Donat.* dixit, celebrantem actum prohibitum palam, poſſe excuſari prætextu ignorantiæ, ſecus ſi clam: & procedit hoc non ſolùm quando matrimonium fuit nullum ob impedimentum conſanguinitatis, vel affinitatis, vel cognationis, vt nonnulli putant; ſed etiam ob quodlibet aliud, ad quod detegendum denuntiationes conferre poſſunt, vt bene Sanch. *d. diſp. 42. num. 4. & 5.*

Sunt etiam legitimi, qui cùm à princi-
31 pio ſolùm eſſent naturales, ſubſecuto poſtea parentum matrimonio honorati ſunt; quia filij naturales fiunt legitimi per ſubſequens matrimonium parentum, *cap. Tanta, Qui filij ſint legit.* retrotrahitur enim iuris fictione matrimonium ad tempus natiuitatis illorum filiorum, & ſic fiunt verè & propriè legitimi, vt reſoluunt communiter DD. quos longa ſerie refert Auguſtin. Barb. *in Collect. ad d. cap. Tanta, num.* 14. Vnde notant bene Couar. *in Epit. in 4 Decretal. p 2 cap.* 8. *§. 2. numer.* 13 Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp* 172. *verſ. Vt naturales,* & alij apud Barb. *loc. citat.* etiam ipſis filijs, & parentibus inuitis, eos reddi legitimos, quia non priuilegio, ſed juris authoritate hæc legitimatio inducitur. Et in hoc differunt iſti legitimi à legitimatis per Principem, qui non inuiti, nec ipſo jure, ſed per reſcriptum legitimationem aſſequuntur, vt Molina *cit.* aduertit. Cùm legitimis numerantur etiam adoptati, vel arrogati reſpectu adoptantis, vel arrogantis; ſed hi ſolùm fictione juris, ad certos quoſdam effectus filij dicuntur, cùm verè filij non ſint.

Naturales filij jure Cæſareo ij tantùm
dicuntur, quos quis ſuſcepit ex vnica con- 32
cubina domi retenta, inter quam & ipſum virum tempore conceptionis, vel natiuitatis eorum filiorum, non erat impedimentum ad matrimonium contrahendū. Ita docent omnes, & conſtat *ex Auth. Quibus mod. natural. effician. ſui, §. Si quis autem defunctus,* & multis alijs juribus. Iure autem Canonico, vt filij dicantur naturales, & tales judicentur quoad ea, quæ naturalibus ſunt conceſſa, ſatis eſt quòd tempore, quo concepti, aut nati ſunt, poſſent eorum parentes matrimonio copulari, licèt mulier domi retenta non eſſet. Ita etiam omnes per dictum *cap. Tanta, Qui filij ſint legitimi.* Et idem eſt de jure aliquorum Regnorū, quod ſpeciatim de Iure hujus regni Luſitaniæ aduertit Molina *diſp. 165. verſ. Illud verò,* & conſtat apertè *ex lib. 4 Ordin. tit. 92. in princip.* item de jure Caſtellæ hoc ipſum habetur *in l. 11. Tauri, quæ in noua recopil. eſt l. 9. tit. 8 lib. 5.* & tradit idem Molina, & cum multis alijs Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap 3. dub. 1. num. 2.* licèt aliud olim haberetur de jure Partitarum, *l. 1 tit. 13. p. 4.* alijſque in locis Utrùm verò ſatis ſit, quod dicti parentes poſſent validè inter ſe matrimonium contrahere, quamuis non poſſent licitè, ob aliquod impedimentum non dirimens? Reſpondeo affirmatiuè; quia *in d. c. Tanta,* ſolùm excluduntur, & ſpurij habentur, qui geniti ſunt ex parentibus dirimēs impedimentū habentibus Et ita etiā judicatū fuiſſe ſpectato jure Luſitano, teſtatur Cab. *1. p. deciſ. 101. in princ.* Adhuc tamen in hoc Luſitaniæ regno dubitari poteſt: vtrùm ad hoc vt filij ſint naturales, opus ſit non eſſe geni-

tos ex pluribus concubinis, quas pater eodem tempore haberet? Illos enim naturales non eſſe ad effectum ſuccedendi patri, judicatum fuit in Senatu Portuenſi anno 1586 teſte Emman Barboſa *in Remiſsionibus ad cit. loc. Ordin. numer.* 17. videturque fundari bene in ipſo textu, ibi: *Ou tiver hũa ſô mancêba*, & ita expreſsè tenet Cald. *de Nominat. q.* 21. *numer.* 17.

33 Spurij dicuntur omnes illegitimi, qui naturales non ſunt: vnde ſtando in jure Cæſareo ij omnes ſunt ſpurij, qui non ex legitimo matrimonio, neque ex vnica cõcubina domi retenta geniti ſunt. Stando autem in jure Canonico, & illorũ Regnorum, vbi idem quoad hoc receptum eſt, illi tantùm ſunt, & dicuntur ſpurij, qui geniti ſunt ex parentibus, inter quos tempore conceptionis vel natiuitatis ipſorũ filiorum matrimonium conſtare non poterat abſque diſpenſatione. Præterea ſpurij, alij ſunt ex coitu damnato, & punibili in foro externo, alij ex non punibili.

34 Ille autem coitus, quoad præſens inſtitutum non eſt damnatus nec punibilis, pro quo nullæ pœnæ ſunt conſtitutæ per leges: damnatus verò & punibilis eſt, qui aliquâ pœnâ legis punitur. Ita communiter definiunt DD. vt apud infra citandos videre licet. Unde coitus adulterinus cum aliena vxore, & inceſtuoſus cum conſanguinea, vel affine, intra gradus jure Canonico prohibitos, dicitur damnatus & punibilis: punitur enim tum jure communi, tum Luſitano *lib.* 5. *Ordinat. tit.* 17. Punibilis etiam & damnatus eſt in hoc Regno coitus ſacrilegus cũ monacho aut monacha, vel clerico in ſacris, cùm pro eo certa pœna ſtatuatur *eodem lib.* 5. *Ordin. tit.* 15. *&* 30. Hoc autem quoad monachum, & clericum intelligitur, non de vno, vel altero actu, ſed ſi per modum habitus, ſaltem per ſex menſes, illa ſacrilega communicatio habita fuerit. Quia Ordinat. Luſitanæ, *d. tit.* 30. ſolùm hanc peſsimam conſuetudinem puniunt: & ita ſentiunt aliqui, apud Molinam *diſp.* 167. *verſ. Licet in concluſione*, non cenſeri genitum ex concubitu punibili filium ſacerdotis & ſolutæ, ad quam ſacerdos ſemel, aut bis tantùm acceſsit. Quod etiam à fortiori ſentit D. Petrus Barboſa, quem citat & ſequitur Emman Barboſa *in Remiſsionib. ad Ordinat. Reg. lib.* 4. *tit.* 93. *num.* 5. aſſerens talem filium non cenſeri genitum ex coitu punibili, ſi fuit ſuſceptus ex ſoluta, quam clericus ille pro concubina non habebat. Contrarium tamen judicatum fuiſſe in hoc Regno per Senatores regios tradit Gama *dec.* 176. *num.* 3. Iure autem Caſtellæ illi tantùm dicuntur ex concubitu damnato, qui naſcuntur ex coitu, propter quem matri concumbenti pœna mortis lege ſtatuta eſt, vt habetur *in l.* 9. *Tauri*, quæ in noua recopil. eſt *l.* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. & notat Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 1. *num.* 2. *fine*, *& dub.* 4. *num.* 1.

His ſuppoſitis, ex omnibus prædictis 35
filijs, ſoli ſpurij ſunt ſimpliciter incapaces ſuccedendi reſpectu patrum; nam legitimi non ſolùm poſſunt ſed debent à parẽtibus hæredes inſtitui, & ſi non inſtituantur, illis ſuccedunt ab inteſtato, vel contra tabulas, vt eſt notiſsimum. Naturales etiam interdum eodem modo ſuccedunt, ſicut legitimi, præſertim in hoc Regno, vbi filij naturales hominis plebeij ipſi etiam patri ſuccedunt, ſicut legitimi, & ſimul cum legitimis, vt habetur *lib.* 4. *Ordin. tit.* 92 *in princip.* & ſtando etiam in jure communi, ſemper pater poteſt aliquid relinquere filijs naturalibus, vt infra *ſect.* 3. §. 13. explicabitur. Ergo, cùm hìc ſolùm de incapacibus ſuccedendi ſermonem inſtituerimus, tantummodo in præſenti loquemur de ſpurijs, poſtea de alijs *ſect.* 3. commodiùs acturi.

Quod igitur ad ſpurios attinet, conſtat 36
primò, quod de jure Cæſareo omnis ſpurius eſt incapax ſuccedendi patri, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato, vt per *Auth. Quibus modis natur. effician. ſui* § *Si verò effuſa, & ſeq* idemque eſt de jure Luſitano quoad omnes, qui in hoc Regno ſpurij cenſentur, cùm circa ſpurios nihil in jure hujus Regni ſit à jure communi diuerſum. In eo autem eſt differentia, quod per jus Cæſareum ſpurij habentur

omnes

omnes illegitimi, præterquam geniti ex vna concubina domi retenta, inter quam & virum nullum erat impedimentum ad matrimonium contrahendum: de jure autem Luſitano ſolùm habentur ſpurij, qui geniti ſunt ex parentibus, inter quos tempore conceptionis, vel natiuitatis ipſorum filiorum illud impedimentum intercedebat, vt ſupra vidimus. Et ita fuſiùs Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſp. 167. concluſ. 1. & 3.*

37 Conſtat ſecundò, ſpurium ex coitu damnato, & punibili per leges eſſe etiam incapacem ſuccedendi matri, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato: Gloſ. *in l. Si qua illuſtris, Cod. Ad Orfician.* Gloſ. *in §. Nouiſsimè, verb. Admitti, Inſtit. eod. tit.* Barthol. *in l. vltim. ff. de His quibus vt indign.* & multis alijs relatis, Suar. *in Lectura legum fori, fol. 86. cum ſeq.* Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 13.* Couar. *in Epit. in 4. Decretal. 2. p. cap. 8. §. 5. num. 15.* Valaſc. *conſult. 29. tit. 9.* Mol. *d. diſp. 167. concluſ. 4.* & cæteri communiter, licèt contrarium ſenſerint Hoſtien. Iſern. & Butrius apud Anton. Gom. *d. num. 13.* Ratio eſt, quia cùm talis coitus etiam ex parte matris ſit punibilis, eadem de illa eſt ratio, atque de patre, vt filius ei ſuccedere non debeat; & ideo eædem leges, per quas talis filius excluditur à ſucceſsione patris, excluditur etiam à ſucceſsione matris. Atque idem eſt de jure hujus Regni Luſitani, vt ſumitur *ex lib. 4. Ordinat. tit. 93.* vbi habetur, quòd nec mater ſuccedere poteſt filio genito ex coitu damnato, vel punibili per ipſas Ordinationes, aut per jus commune: ex quo rectè deducitur, quòd etiam econuerſo, filius ex tali coitu natus, non ſuccedit patri, neque matri; quia in hujuſmodi ſucceſsionibus par eſt conditio filiorum erga parentes atquè parentum erga filios, vt apud DD. eſt receptiſsimum, & notat relatis multis Emman. Barb. *in Remiſsion. ad cit. loc. Ordinat. num. 10.*

38 Ampliant nonnulli hanc reſolutionem, vt procedat in quolibet ſpurio genito ex coitu damnato, licèt non punibili per leges: appellant autem coitum damnatũ omnem illum, qui habetur à perſonis inter quas tunc erat impedimentum dirimens ne poſſent nubere. Ita ſpectato jure communi, & Luſitano. Molina *d. diſp. 167. verſ. Hodie tamen:* ſpectato autem ſolo jure Luſitano, Valaſc. *conſult. 29 numer. 13.* & Emman. Barboſa, *in Remiſsionib. ad Ord. Reg. lib. 4. tit. 93. n. 1.* Fundamentum Molinæ eſt, quia nullus illegitimus, qui patri non ſuccedit, ſuccedit matri, niſi fuerit exceptus in jure: in jure autem ſolùm reperiuntur excepti filij naturales preſsè, prout de jure Cæſareo, de quo *ſupra, num. 32.* & ij qui ſpurij habebantur, eoquod eſſent vulgò quæſiti, quando ex ſoluta non illuſtri, & patre incerto geniti erant, vt per *d. l. Si qua illuſtris, Cod. Ad Orfic. & d. §. Nouiſsimè Inſtit. eod. tit.* ergo cùm in his exceptis non contineantur ylli, qui ſint geniti ab ijs, inter quos erat impedimentum ad contrahendum matrimonium; conſequens eſt, omnes ita genitos excludi à ſucceſsione matris, vt procreatos ex coitu damnato, etiam quando per leges non punitur. Valaſc. ad hoc ipſum aſſerendum de jure Luſitano, mouetur ex verbis Ordinationis Regiæ *in d. tit. 93.* ibi: *De coito danado, ou punivel,* quæ cùm ſint alternatiua, ad quorum veritatem ſufficit alterum eſſe verum, *l. Si hæredi, ff. de Cond. inſt.* ſatis oſtendunt, quod de jure Regio ad excludendam ſucceſsionem reſpectu matris ſufficit filium eſſe genitũ ex coitu damnato, licèt non ſit punibilis, nec refert quòd ibi ſolùm eſt ſermo de ſucceſsione in bonis filij; ſiquidem, vt jam *num. præced.* aduertimus, in hujuſmodi ſucceſsionibus par eſt conditio filiorum reſpectu parentum, ac parentum reſpectu filiorum.

Nihilominus, ſpurios genitos ex coitu, 39
qui in foro externo non punitur, quanuis aliàs ſit damnatus, matri ſuccedere, ſpectato jure communi, tenet idem Valaſc. *d. conſult. 29 num. 9.* cum Barthol. *in l. fin. num. 4. ff. de His quibus vt indignis* Socin. *conſil. 148. numer. 5. ad fin. lib. 2.* & Couar. *in Epit. de Sponſalib. 2. p. cap. 8. §. 5. num. 15.* tenet etiam ſatis apertè

Gloſ.

Gloſ. *in d. l. Siquis illuſtris, verb. Cum legitimis, Cod. Ad Orfic.* vbi ſolos ſpurios ex coitu, qui poteſt accuſari, excludit a ſucceſsione matris. Et hæc eſt communis ſententia, juxta quam tradunt plerique, quòd filius conjugati, & ſolutæ non concubinæ ſuccedunt matri. Ita enim ſentiunt Paul. de Caſtr. *conſil.* 34. *num.* 4. *lib.* 2. Alex. *conſil.* 39. *lib.* 1. Socin. *conſil.* 148. *col.* 2. *numer.* 3. *lib.* 1. Bald. *Nouel.* ibi in ſubſcriptione, Aymon *conſil.* 166. *col.* 1. *numer.* 2. Anton. Gom. *in l. 9, Tauri, num.* 14. Ioan. Bapt. *in Repetit. l. Si qua illuſtris, num.* 94 *Cod. Ad Orfician* Portius *in d. §. Nouiſsimè, in fine, Inſt. eod. tit.* & alij, quos citat & ſequitur Valaſc. *d. conſult.* 29. *num.* 6. ita etiam tenet Emman. Barb. *in Remiſſ. ad Ordinat. Reg. lib.* 4. *tit.* 93. *num.* 7. vbi cum Peregrino *de Iure Fiſci lib.* 3. *tit.* 8. *numer.* 36. *verſ. Concordando,* Stephan. Gratian. *Diſcept. forenſ. cap.* 35. *à num.* 27. & D. Petr. Barboſa *in priuatis ſcholijs ad l. Ex facto, §. Siquis rogatus, ff. Ad Trebel.* diſtinguens inter concubinam, & accidentaliter cognitam à conjugato, reſoluit genitum ex concubina minimè ſuccedere ipſi matri; ſecùs autem genitum ex ſoluta accidentaliter cognita; qui omnes ducuntur ea ratione, quia talis coitus non eſt punibilis, præſertim jure Ciuili, *l.* 1. *Cod. de Adulter. cap. Lex, §.* 1. 36. *q.* 1. *l. In te, §.* 3. *ff. de Adult.* ſatisque eſt ad prædictum effectum, quòd non ſit punibilis quoad matrem, vt nominatim tradit Valaſc. *vbi ſupra,* poſt Barthol. & Bald. quos refert. Unde etiam juxta ſupra dicta *num.* 34. de coitu ſolutæ cum clerico in ſactis tenendum eſt, filium ex eo procreatum non excludi à ſucceſsione matris, ſi illa non erat concubina clerici, cùm ob talem coitum non puniatur; quod in ſpecie cum D. Petro Barb. reſoluit Emman. Barb. *in Remiſſionib. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 93. *numer.* 5.

40 Ratio autem cur ſufficiat coitum non eſſe punibilem ex parte matris ad hoc vt filius ex eo genitus excludi non debeat à ſucceſsione matris, ea reddi poteſt; quia ex quo per leges talis coitus quoad matrem non punitur, cenſetur illi permiſſus in republica, perinde atque coitus ſolutæ cum ſoluto. Unde multi dixerunt, commiſtionem ſolutæ cum clerico in ſacris eſſe ſimplicem fornicationem, vt videre eſt apud Emman. Barb. *loco proximè cit. num.* 4. quod intelligitur quoad tolerantiam reipublicæ, cùm alioqui certiſsimum ſit, continere ſacrilegium. Ergo perinde etiam filius ex eo procreatus matri debet ſuccedere atque filius naturalis, qui ex ſoluto, & ſoluta procreatur. Et confirmatur, quia ſpurius vulgò quæſitus ex ſoluta, & patre incerto admittitur per leges ad ſucceſsionem matris, ſi hæc non ſit illuſtris, *d. l. Si qua illuſtris, Cod. Ad Orfic.* pater autem incertus poteſt eſſe tum ſolutus tum conjugatus, tum eujuslibet alterius conditionis. Ergo cùm leges indiſcriminatim filium ita quæſitum ad ſucceſsionem matris admittant, planè conſentiunt, quòd non obſtat eſſe habitum ex cõjugato, vel clerico &c. ſi habitus ſit ex coitu, pro quo mater ipſa non punitur. Accedit, quòd bene aduertit Simon de Præt. *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 3. *ſolut.* 2. *num.* 6. materiam hanc quoad ipſos filios non eſſe rigidè abſque benignitate, & prouiſione tractandam, cùm tales filij à parentum crimine ſint immunes, nec minus de humana natura, ejuſque dotibus participent quam legitimi: quamobrem, vbi leges illis expreſsè non aduerſantur, eodem jure & fauoribus potiri debent, quibus legitimi.

Ex quibus manifeſtè corruit fundamẽ- 41
tum Molinæ liberè ſtatuentis, quòd nullus illegitimus, qui patri non ſuccedit, ſuccedit matri niſi reperiatur exceptus: cùm potiùs dicendum ſit, nullum filium excludi à ſucceſsione matris, niſi ſit exceptus, quemadmodum nullus excluditur à ſucceſsione patris, niſi à jure excipiatur. Spectato etiam jure hujus regni Luſitani idem videtur dicendum, ſcilicet genitum ex coitu non punibili quoad matrem, quãuis aliàs damnato, matri ſuccedere, vt in filio genito ex conjugato, &

ſoluta

ſoluta ejus ancilla judicatum fuit per Senatores Regios teſte Valaſc. *d. conſult.* 29. *num.* 10. *fine*, quia in hoc Regno ſeruatur jus commune, quando Ordinationes ipſius Regni, contrarium non diſponunt: pro præſenti autem caſu nihil contrarium in eis reperitur diſpoſitum: nam quod habetur *d. tit.* 93. ex quo Valaſc. contrarium probauit, ponderando illam alternatiuam, *De danado ou puniuel*, contrarium reuerà non eſt; quia præterquamquod illa verba non ponuntur ibi diſpoſitiuè, ſed enunciatiuè, notandum eſt ſolũ ibi proponi ſub disjunctione, quando pater, vel mater non ſuccedit filio, eoquod ſit genitus ex coitu damnato, vel punibili, ibi: *A que o pay, ou mãy não pode ſucceder por aſsim ſer nacido de coito danado, ou puniuel.* Ubi ex eodem argumento, quo Valaſcus vſus eſt, quod in alternatiuis ſufficit alterum eſſe verum, ſatis ad veritatem talium verborum eſt, quòd pater excluditur à ſucceſsione filij, quando eſt genitus ex coitu damnato, licèt mater ſolùm excludatur quando eſt genitus ex coitu punibili; quę interpretatio ſit planior, ſi aduertas, quòd ſicut in illa alternatiua, *O pay, ou mãy*, pater ponitur primo loco, ita etiam in hac alia, *De coito danado, ou puniuel*, damnatus primo loco aſsignatur; vt intelligas damnatum reſpondere patri, & punibilem matri, ac proinde patrem excludi à ſucceſsione filij ob quemlibet coitum damnatum, matrem verò ob ſolùm punibilem; vnde econuerſo juxta hanc Ordinationem filius ex coitu damnato excluditur à ſucceſſione patris: à ſucceſsione autem matris ex ſolo coitu punibili. Quod cum ita ſit de jure communi, & textus dictæ Ordinationis tam facilè id ipſum admittat, non debet juxta illam contrarium teneri; præſertim cùm dictis filijs hac in re fauendũ ſit, vt *num. præced.* aduertimus. Accedit, quòd vt ipſe etiam Valaſcus *d. conſult.* 29. *num.* 13. fatetur, DD. communiter pro eodem accipiunt, & intelligunt coitum damnatum, ac punibilem: vnde facilè poſſumus dictam Ordinationem intelligere, ac ſi diceret; *Ex coitu damnato ſeu punibili*, ita vt ſint verba ſynonima, quorum prius per poſterius declaratur.

42 Conſtat præterea tertiò & principaliter, quòd ſpurius non poteſt à patre ſubſtitui uulgariter, vel fideicommiſſariè; ſecùs autem pupillariter. Prior pars, quòd non poſsit ſubſtitui vulgariter, patet quia per hanc ſubſtitutionem ſucceditur teſtatori immediatè, *Inſt. de Vulgari, in princip.* & diximus latè *diſp. præced. ſect.* 2. §. 15. ſpurius autem eſt incapax ſuccedendi patri teſtatori, vt ſupra dictum eſt: & ita relatis plurimis docent Sanch. *tom.* 2. *Opuſc. lib.* 4. *cap.* 3. *dub.* 24. *num.* 2. & Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 167. *ſub concluſ.* 3. *verſ. Pater*, eſtque communis omnium ſententia; quæ locum ſimiliter habet in ſubſtitutione facta per matrem, quando ſpurius ſubſtitutus ex coitu punibili procreatus eſt, cùm eadem in ea ſit ratio. Secunda pars, quòd etiam non poſſit, ſubſtitui fideicommiſſariè, etiam eſt certa, & communis; quia etiam per Fideicommiſſariam ſucceditur teſtatori mediante perſona grauata, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari*; & ita Sanch. *ſupra*, *num.* 3. cum alijs quos refert.

43 Tertia denique pars, quòd ſpurius poſſit à patre ſubſtitui pupillariter, facilè etiam conſtat, quia per Pupillarem ſubſtitutionem non ſucceditur patri, ſed pupillo, vt latè declaratum eſt *diſp. præced. ſect.* 3. §. 11. ſpurius autem non prohibetur ſuccedere fratri pupillo. Et ita docent Barthol. *in l. Si is, qui ex bonis, num.* 1. *ff. de Vulgari*, Couar. *Epitome in* 4. *Decretal.* 2. *p. cap.* 8. §. 5. *num* 4. Menchac. *lib.* 3. *Controuerſ. illuſtr. cap.* 102 *num.* 9. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Et vxorem nomine Adelaſian, deciſ.* 5. *num.* 128. *de Teſtament.* Anton Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 20. Emman. Coſta *in cap. Si pater*, 2. *p. verb. Bona omnia, numer.* 7. *de Teſtament. in* 6. & plures alij, quos citat & ſequitur Sanch. *dict. dub.* 24. *num.* 7. Utrùm verò per talem ſubſtitutionem ſuccedat ſpurius in omnia bona pupilli, vel ſolùm in ea, quæ pupillus habuit aliunde, quàm à patre? dixi latè *d.* §. 11 *numer.* 618. *& ſeq* Qualiſcumque autem ſit

ſit Pupillaris, qua ſpurius à patre ſubſtituitur, tacitam Vulgarem non continet; cùm ſpurius ſit incapax ſuccedendi patri per Vulgarem vt dictum eſt, & notat bene Sanch. cum alijs *ſup. num.* 10.

44 Conſtat quartò, quod etiam quando pater bona ſua relinqueret alicui amico, ſub fide ſibi ab eo præſtità, quòd ea reſtitueret ſuo filio ſpurio, tale fideicommiſſum non valet, nec amicus tenetur bona illa ſpurio dare. In hac reſolutione omnes conueniunt, vt videri poteſt apud Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 20. Et conſtat facilè, quia ſpurius eſt incapax capiendi à patre, etiam per intermediam perſonam, vt ex dictis patet. Unde licèt Victoria *in Summa materiæ de Matrimonio, numer.* 229. & Ledeſm. 2. 4. *q.* 57. *art.* 4. *fine*, dixerint, illum amicum teneri de jure naturali illam fidem ſeruare, & ſic dare bona ſpurio: tamen hanc ſententiam eſſe omnino improbabilem, & rejiciendam dicit meritò Sanch. *d. dub.* 20. *num.* 10.

45 Grauis autem adhuc eſt quæſtio, vtrum ille amicus poſsit ea bona ſibi retinere, & ſpurio dare ſi velit? Duplex eſt ſententia principalis. Prima negatiua, quam tenent Barth. *in l. fin. num.* 9 *ff. de His, quibus, vt indign.* Segura *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, num.* 124. *ff. de Vulgari*, Cæpola *cautela* 38. *verſ. Vndecima cautela*: Gregor. Lop. *in l.* 13. *tit.* 7. *part.* 6. *verb. Cumplieſſe*, Menchac. *lib.* 3. *Controu. illuſtr. cap.* 102. *num.* 23. *&* 24. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 28. Sot. *lib.* 4. *de Iuſt. q.* 5. *art.* 1. *ad* 4. *& in* 4. *diſp.* 41. *q. vnica art.* 4. & multi alij apud Sanch. *d. dub.* 20. *num.* 4. Probatur primò, quia titulus hæreditarius illius hæredis eſt vitioſus, & injuſtus à principio; conſtituit enim prædonem ipſum hæredem, *l. Prædonis, ff. de Petit. hæred.* & ſic eſt inſufficiens, vt ex eo bona retineri poſsint. Secundò, quia hæres ſolùm ex voluntate defuncti poteſt retinere bona hæreditaria: in præſenti autem noluit teſtator dare illi hæredi, niſi vt reſtitueret ſpurio, & ita ex vi talis voluntatis non poteſt hæres retinere. Sed neque etiam poteſt dare ſpurio, cùm hic ſit incapax capiendi à patre, etiam per intermediam perſonam, vt dictum eſt. Si autem quæras, cuinam igitur debet ille hæres reſtituere? Quidam dicunt debere reſtituere Fiſco, cum in ejus fraudem fidem accommodauerit: ſic Barthol. & Segura *vbi ſup.* Alij tenent, reſtituendũ eſſe alijs hæredibus, id eſt, ſcriptis, ſi dati ſint; ſin minus hæredibus ab inteſtato. Quia, quòd reſtituatur Fiſco eſt de lege pœnali, quæ non obligat ante ſententiam: cùm autem inſtitutio illa fuiſſet nulla, perinde habetur acſi non fuiſſet facta, & ita ſuccedunt hæredes, qui ſucceſſuri erant, ſi non eſſet facta. Sic Sotus *d. art.* 4. Cæpola *d. verſ. Vndecima cautela*, & alij, quos adducit, & magis probat Sanch. *ſup. dub.* 21. *num.* 3.

Secunda ſententia principalis eſt affirmatiua, & aſſerit duo: primum, quod ille hæres poteſt illa bona ſibi retinere, dum Fiſcus ab eo non aufert: ſecundum, quòd poteſt dare illa ſpurio, ſi velit; & conſequenter, quòd ſpurius poteſt ab eo capere, & ſibi retinere. Primum probatur, quia in primis ille hæres adeundo hæreditatem efficitur dominus omnium bonorum in ea repertorum: id enim generale eſt cuilibet hæredi, etiam grauato reſtituere, vt per aditionem acquirat hæreditatem, ac directus dominus totius ſubſtantiæ defuncti euadat; nec refert eum fuiſſe in culpa, dum fidem teſtatori præſtitit de bonis reſtituendis ſpurio: quia ob talem culpam non eſt redditus incapax acquirẽdi hæreditatem, ſed ſolùm vt indigno hæreditas ab eo aufertur, & applicatur Fiſco, *l.* 1. *Cod. de His quibus vt indignis, l. Ita fides, & l. Non intelligitur, ff. de Iure Fiſci*, quod cùm fiat in pænam, non obligat ante ſententiam. Deinde quòd teſtator illum inſtituerit ſub fide, quòd bona reſtitueret ſpurio, non inducit obligationem, cùm leges tali obligationi reſiſtant, reddendo ſpurium ſimpliciter incapacem capiendi à patre, etiam per intermediam perſonam, vt dictum eſt; & ſic non tenetur reſtituere ipſi ſpurio: non tenetur etiam hæredibus ab inteſtato, cũ inſtitutio fuerit valida, atque adeo defunctus verè deceſſerit teſtatus: neque deni-

denique tenetur reſtituere Fiſco; cum leges, quæ in hujuſmodi caſu hæredem puniunt amiſsione hæreditatis, non obligent ante ſententiam, vt jam notauimus: non apparet alius cui teneatur reſtituere: ergo poteſt ſibi retinere. Secundum, quod ſcilicet poſsit dare ſpurio, & conſequenter ſpurius ab eo capere, & retinere, probatur facilè ex primo, quia cùm hic hæres ſit verè dominus talium bonorum, & poſſit ea ſibi retinere, poteſt de illis diſponere ad libitum, & dare cui voluerit: ac proinde ſi det ſpurio, poteſt hic ab eo capere; quia tunc non cenſetur capere à patre, etiam per intermediam perſonam; cùm hæres illi non det ex voluntate patris efficaci, neque vt hæres patris; ſed liberè, & vt dominus illorum bonorum, de quibus nomine ſuo ad libitum diſponit. Et ita hanc ſententiam tenet Couar. *Epit. in 4. Decretal. 2. p. cap. 8. §. 5 num. 8. & 9.* Mattienſo *in lib. 5. Ordinat. tit. 8. l. 6. Gloſ. 8. num. 6. & ſeqq.* Salzed. *in Additionib. ad Bernard. Diaz, in Pract. crimin. cap. 56.* Perez *lib. 1. Ordinam. tit. 3 l. 22. fol. 103. & lib. 5. tit. 2. l. 1. fol. 70.* Plaza *in Epit. delictorum, cap. 41. num. 25.* Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 169. concl. 5. & 6.* & Sanch. *lib. 4 Opuſc. cap 3. dub. 20 num. 11. juncto numer. 9.* vbi in eandem ſententiam trahit meritò Iulium Clar. *lib. 3 Recept. ſentent. §. Teſtamentum, q. 31. verſ. Sed quid ſi pater.*

47 Hæc ſecunda ſententia mihi videtur longè probabilior, nec fundamenta primæ ei negotium faceſſunt. Ad primum enim reſpondetur, licèt ille titulus ſit vitiatus, quatenus in fraudem legis eſt datus, & acceptatus ſub fide reſtituendi ſpurio, attamen eſſe validum mero jure, & ita ſufficere ad acquirendam, & retinendam hæreditatem, dum hæres eâ non priuatur per ſententiam. Nec obſtat *d. l. Prædonis*, nam vt bene reſpondet Couar. *d. num. 9.* in ea non dicitur, quòd talis hæres eſt prædo, ſed quòd habendus eſt loco prædonis, qui tacitam fidem teſtatori præſtitit; quia ſcilicet fraudem fecit eam præſtando. Ad ſecundum reſpondetur, eo ipſo quòd teſtator illum hæredem inſtituerit, eam voluntatem ſufficere ad hoc vt bona retinere poſsit, cùm per ipſam inſtitutionem effectus ſit dominus bonorum, & illa alia voluntas, qua teſtator eum voluit obligare ad reſtituendum ſpurio, fuerit irrita, & nullius effectus, & ſic manſerit hæres verè dominus abſque reſtituendi obligatione, atque adeò cum facultate retinendi, quandiu per ſententiam non punitur, vt ex dictis apertum eſt.

Bene autem aduertit Molina *ſup. concluſ. 4.* & Sanch. *d. dub. 20. numer. 12.* cum Mattienſo, Couar. Perez Soto, & Ledeſm. grauiter peccare tam hæredē, qui fidem præſtitit de reſtituendo ſpurio, quàm patrem qui ſub ea conditione & fide bona dedit, vel hæredem inſtituit; ſiquidem fraudem in re graui committunt aduerſus juſtiſsimas leges prohibentes talem fidem præſtari. Et quidem Couar. Perez & Molina apertè dicunt eſſe peccatum mortale: Sotus autem, & Ledeſm. ſolùm dicūt, fortè eſſe mortale. Illud tamen ex omnium ſententia addendum, ſi pater hæredem inſtituat non exigendo ab eo fidem de reſtituendo ſpurio, ſed tantùm ſub ſpe & fiducia, quòd bona ei præſtabit, nullum in eo committi peccatum, aut fraudem contra leges, nam hæ ſolùm prohibent dari bona ſub fide reſtituendi ſpurio. 48

Conſtat quintò, vtiliter poſſe à patre inſtitui ſpurium ſub conditione, *Si à Principe legitimetur.* Tunc enim ſecuta legitimatione hæreditatem patris legitimè conſequetur, quia incapax poteſt ex legum benignitate inſtitui in tempus, quo capere poterit, *l. In tempus, ff. de Hæred. inſtit. l. Sicut,* & ibi Gloſ. *in princip. ff. Quibus modis vſusfruct. amit.* & diximus *§. præced. numer. 23.* Atque ita docent Bald. Aret. & Alex. *in l. Gallus, §. Inſtituens, ff. de Liber. & poſthum.* Iaſ. Lancelotus. Decius. Gualdenſ. & Cotta; quos refert & ſequitur Couar. *Epit. in 4. Decretal 2. p. cap. 8 §. 5. numer. 12.* Emmanuel Coſta *in §. Et quid ſi tantum, p. 2. numer. 172.* Iul. 49

Clar. Alexandrinus *ſub q.* 31. *tract. de Teſtament.* qui habetur *tom.* 8. *Tractatuum nouiſsimæ editionis p.* 1. Simon de Præt. *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 3. *ſolut.* 2 *num.* 8. Mol. Iuriſta *lib.* 2 *de Primogen. cap.* 7. *numer.* 40. *& ſeq.* & multi alij, quos refert, eos ſequens Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 28. *num.* 2. eſtque communis ſententia vt notat Præt. *ſupra*, vbi aliquos etiam contradicentes adducit. Qui prætereà cum Emman. Coſta *vbi ſupra, num.* 169. addit, idem eſſe ſi teſtator dediſſet in teſtamento filio ſpurio licentiam faciendi ſe legitimari, quòd tunc etiam intelligatur inſtitutus ſub conditione, *Si legitimetur*, vnde ſecuta legitimatione, inſtitutio efficietur valida.

50 Vtrum autem talis ſpurius poſsit interim, dum conditio pendet, petere bona paterna, in quibus eſt inſtitutus, vt ea adminiſtret tanquam curator? Negat Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, numer.* 19. cum alijs quos refert. Contrariam tamen ſententiam probabilius tenent Bald. & Angelus *in l. Siquis inſtituatur hæres in diem, ff. de Hæred. inſt.* Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2 *p. cap.* 8. *§.* 5. *numer.* 12. Placius Rubeus *in rubr. de Donat. §.* 29. *num.* 4. Paleot. *lib. de Nothis ſpurijs, cap.* 45. *num.* 2. *&* 3. Iul. Clar. *lib.* 3. *Recept. ſent. §. Teſtamentum, q.* 31. & alij, quos citat & ſequitur Sanch. *d. cap.* 3. *dub.* 29. *num.* 2. per textum *in d. l. Si quis inſtituatur hæres in diem.* Quòd ſi dictus ſpurius poſt habitam bonorum adminiſtrationem tanquam curator legitimationem non obtineat, reddere tenebitur rationem vero & legitimo hæredi, vt citati DD. notant. Illud etiam hìc non omittendum, ſi ſpurius poſt conditum teſtamentum, quo eſt inſtitutus, legitimetur viuo adhuc patre teſtatore, legitimationem retrotrahi ad tempus teſtamenti, & ſic conualeſcere inſtitutionem; ſecùs autem, ſi legitimetur poſt mortem patris. Ita cum Alex & Gozad. teſtantibus de communi docet Iul. Clar. Alexandrinus *vbi ſup.*

(;!:)

§. 3. *Vtrum ſpurij poſsint ſuccedere auo, & alijs conſanguineis?*

SUMMARIUM.

Auus poteſt inſtituere nepotem ſpurium; & conſequenter is poteſt auo ſuccedere ex teſtamento; num. 51. *Idque licèt talis nepos ſit filius ſpurij, num.* 52.

Præfata reſolutio intelligitur primò, niſi auus habeat ſobolem legitimam; num. 53. *Secundò, vt non inſtituat nepotem filium ſpurij contemplatione ipſius ſpurij: quod in dubio non præſumitur; num.* 54. *Quid, ſi talis nepos ſit in poteſtate patris ſpurij? num.* 55. *Quid, ſi ſit natus ex filio clerici, vel ex filio inceſtuoſo, ideſt, nato ex conſanguinea, vel affine; num.* 56. *& ſeqq.*

Contrahentes injuſtas nuptias teſtari, ac donare prohibentur, & quomodo id ſit intelligendum? num. 60.

Spurio poſſunt relinqui alimenta, & aſsignatur optimus modus, quo ei relinqui poſſunt; num. 61.

Spurius poteſt ſuccedere ex teſtamento quibuſuis ſuis conſanguineis collateralibus; num. 62. *Vtrum etiam illis ſuccedat ab inteſtato?? num.* 63.

Vt ſpurius poteſt, aut non poteſt, aliquibus perſonis ſuccedere; ita vicisſim perſonæ illæ poſſunt, aut non poſſunt ſuccedere ipſi ſpurio; num. 64.

Prima concluſio ſit: auus poteſt inſtituere nepotem ſpurium, & conſequenter talis ſpurius poteſt ex teſtamento ſuccedere auo. In hac omnes DD. videntur conuenire, vt ex dicendis conſtabit; eam verò exprimit nonnullis relatis Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 45. *num.* 3. Ratio eſt, quia quòd ſpurius non poſsit inſtitui, non prouenit ex ejus delicto, ſed ex paterno, ad refrænandam ſcilicet patris incontinentiam, *l. fin. C. de Natur. liber.* Auus autem non deliquit 51

quoad

quoad nepotem ſpurium, ſed tantùm patrens: ergo non punitur quoad illum, atque adeo non prohibetur, quominus illum poſsit inſtituere.

52 Hæc concluſio notabiliter ampliatur, vt procedat, etiam ſi talis nepos ſit filius ſpurij: vniuerſim namque poteſt auus inſtituere nepotem ex filio ſpurio, vt eſt cõmuniſsima DD. ſententia, quam tradunt Barth. *in l. Gallus, § Quid ſi is, ff. de Liber. & poſth.* & ibi Dynus, Alex. Iaſ. *n.* 19. & Paul. de Caſtr. Boer. *deciſ.* 127. *num.* 16. Pincl. *Cod. de Bon. mat. l.* 3 *n.* 20 Matticnſo *lib.* 5 *Ordinam tit.* 8. *l.* 6. *Gloſ.* 8. *n.* 21. Mantic. *de Conject. vlt. vol. lib.* 8. *tit.* 5. *n.* 15. Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2. *p. c.* 8. *§.* 5. *n.* 13. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, n.* 17. Gam. *deciſ.* 11. *n.* 6. & cum multis alijs Sanch. *d dub.* 45. *n* 2. Et licèt aliqui ſolùm admittant hanc ſententiam, quando nepos eſt filius legitimus ſpurij; at eam etiam locum habere in nepote ſpurio docent in ſpecie Paul. de Caſtr. & Mattienſo *vbi ſup.* Pinel. *n.* 22. & Sanch. *num.* 3. dicens id ſine dubio aſſerendum eſſe iuxta *d. l. fin. C de Natural. liber.* quia licèt in ea lege ſolùm exprimatur nepotem filium legitimum illegitimi poſſe inſtitui ab auo, ejus tamen ratio æquè procedit reſpectu nepotis, qui eſt filius ſpurius. Nam ratio, quæ ibi redditur eſt, quia reſpectu nepotis eſt auus immunis ab incontinentia, propter quam coercendam prohibentur patres inſtituere filios illegitimos: patet autem quod tam reſpectu nepotis legitimi, quàm illegitimi, & ſpurij immunis eſt auus ab illo vitio.

53 Cæterùm prædicta ſententia, quòd vniuerſim poſsit auus inſtituere nepotem filium ſpurij, intelligenda eſt primò, vt procedat niſi auus habeat ſobolem legitimam: nam tunc nequit inſtituere nepotem; etiamſi is ſit filius legitimus, vel naturalis ſpurij, vt expreſsè habetur *in d. l. fin. C. de Natural. liber.* & tradunt Barth. *in d. l. Galius, §. Quid ſi is, ff. de Liber. & poſthum.* Couar. *d. num.* 13. Gam. *vbi ſup.* & cum alijs Sanch. *d. dub.* 45. *numer.* 8. Et idem dicendum ſi auus habeat filios legitimatos reſcripto Principis. Couar. & Sanch. *vbi ſup.* & alij.

Secundò eſt intelligenda, vt procedat de inſtitutione nepotis quæ non ſit facta contemplatione patris; ſi enim patris contemplatione facta ſit, erit nulla; quia qui ex propria perſona eſt incapax, etiam eſt incapax mediante perſona alterius, *l.* 1. *Cod. de Natural. liber.* In dubio autem cenſetur inſtitutio facta intuitu ipſius nepotis; quia in dubio non præſumitur delictum, neque quòd diſponens voluerit facere actum nullum. Sic Barthol. & Couar. *loco citat.* Anton Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 17. Molin. Throl. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 167. *concluſ.* 9. Sanch. *d dubio* 45. *numer.* 10. & plures alij quos referunt. Atque hìc etiam aduertit bene idem Sanch. *numer.* 11. cum Barthol. Paul. de Caſtr. & Caſtillo, quòd non dicitur auus relinquere nepoti contemplatione filij, ex quo eſt nepos, niſi quando relinquit nepoti, vt acquiratur aliquid ipſi filio. 54

Tertiò intelligitur ab aliquibus nõ procedere, quando nepos eſt in poteſtate filij ſpurij; quod tunc jam aliquid acquireretur filio ſpurio, ſcilicet vſusfructus. Ita Speculat. *tit. de Succeſſ. ab inteſtato, §.* 1. *n* 25. Sed hanc limitationem meritò rejiciunt Ant. Gom. *d. n.* 17. Pinel. *vbi ſup. n.* 22. Molina *proximè cit.* & Sanch. *d. dub.* 45. *n.* 5. poſt Barth. Salic. Iaſ. Angel. & alios quos referunt. Quia cùm pater ſit incapax acquirendi aliquid ex bonis aui, non ei acquiritur vſusfructus, ſed totum permanet apud nepotem, qui eſt capax. Et hæc creditur eſſe intentio teſtatoris, ne irritam diſpoſitionem faciat. 55

Intelligunt prætereà alij, non procedere dictam ſententiam principalem, ſi nepos ſit natus ex filio clerici; quòd talis filius cenſeatur inceſtuoſus, id eſt, natus ex inceſtis nuptijs: nepos autem ex filio inceſtuoſo non poſsit inſtitui ab auo, vt per *l. Si quis inceſti, Cod. de Inceſt. nupt.* At hæc limitatio etiam rejicienda eſt; immeritò namque ad nepotem ex filio clerici extenditur pæna pro inceſtuoſis conſtituta; cùm filius clerici verè inceſtuoſus non ſit; ſiquidem verus in- 56

ceſtus ſolùm eſt copula cum conſanguineis, vel affinibus. Sic Dueñas *reg.* 366. *limit.* 2. Couar. *vbi ſup. num.* 14 & Sanch. plures allegans, *d. cap.* 45. *num.* 7.

57 Adde aliquos tenere, etiam nepotem ex filio inceſtuoſo, ideſt, habito ex conſanguinea vel affini, inſtitui poſſe ab auo. Ita Paul. de Caſtr. *in l. Gallus*, §. *Quid ſi qui, num.* 6. *ff. de Liber. & poſth.* Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num* 17 & Caſtillo *ibid.* §. *Ex teſtamento.* At oppoſitum eſt verius per *d. l. Si quis inceſti*, vbi expreſsè ſtatuitur, vt inceſtis nuptijs polluti non teſtentur, niſi inter certas perſonas, de quibus ibi fit mentio, inter quas dictus nepos non comprehenditur; & ita ſentiunt Bald. *in d. l. Si quis inceſti, & cap. In præſentia, num.* 35 *de Probation.* Gregor. Lop. *in l.* 19 *verb. Heredar, ad finem, tit.* 5. *part.* 6. Dueñas plures referens *d. limit.* 2. Couar. *d.* §. 5. *num.* 13. Matienſo *lib.* 5. *Ordin. tit.* 8. *l.* 6. *Gloſ.* 8. *numer.* 23 Molina *d. diſp.* 167. *concluſ.* 9. Emman. Barboſ. *in Remiſsion. ad Ordinat. Regiam, lib.* 4. *tit.* 93. *num.* 13. & cum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 46. *n.* 2. vbi teſtatur de communi.

58 Aduerte autem, hanc reſolutionem procedere, quando pater nepotis eſt natus ex inceſtis nuptijs, non autem quando ex alio concubitu inceſtuoſo, vt bene notat Sanch. *ſup. num.* 4. quia *d. l. Si quis inceſti*, loquitur de ſolis nuptijs inceſtis; & cùm ſit pænalis, extendi non debet. Vult tamen Gloſ. *in d. l. Si quis inceſti*, & Gregor. Lop. *vbi ſup.* idem dicendum eſſe, quando nepos eſt natus ex matrimonio vetito, per ipſum text. *in d. l. Si quis inceſti*, ibi; *Vetitique matrimonij.* At in contrarium ſtat meritò communis ſententia, quam refert & ſequitur Iul. Clar. *Pract. crimin. lib.* 5. §. *Inceſtus*, & Sanch. *ſupra*, vbi plures allegat. Nec obſtant dicta verba, *Vetitiq; matrimonij*; quia intelliguntur de matrimonio vetito propter inceſtum, vt ibi exponit Gloſ. *verb. Vetiti*, Sanch. *ſup.* & alij.

59 Aduerte præterea, prædictam reſolutionem locum non habere, quando inceſtæ nuptiæ contractæ eſſent ex ignorantia juris tale matrimonium prohibentis, vel facti, ſcilicet conſanguinitatis. Sic relatis pluribus Clar. *vbi ſup.* & Couar. *in* 4. *Decretal.* 2. *p. cap.* 6. §. 8. *num.* 21. Qui addunt, id eſſe verum, licèt ignorantia proueniat ex culpa lata. Item, quod prædicta non habent locum, quando ab initio bona fide contractis nuptijs poſtea detecto impedimento contrahentes in eodem matrimonio perſeuerant: in quibus omnibus conſentit Sanch. *d cap.* 46. *num.* 5. vbi plures DD. allegat.

Illud etiam circa eandem reſolutionem 60
notandũ: cùm contrahentes inceſtas nuptias teſtari, & donare prohibeantur, eo quod eorum bona applicantur Fiſco in pænam delicti, ad quam non datur obligatio ante ſententiam criminis declaratoriam; inde fieri, ſi ante ſententiam donent, tenere factum, nec donatarium teneri reſtituere ante ſententiam, vt tradũt Silueſt. *verb. Donatio*, 1. *q.* 1. *verſ.* 8. Angel. *verb. etiam Donatio*, 1. *n.* 15. Tabiena *eodem verbo*, 1. *verſ.* 11. & Sanch. *ſup. n.* 6. ac proinde ſi aliquid relinquunt nepotibus, tenere ſimiliter factum, vt idem Sanch. aduertit.

Ex prædictis infertur, cùm alimenta 61
cuilibet, etiam aliàs incapaci relinqui poſſint, *l.* 3. *ff. de His qui pro non ſcript. haben.* nec ab hac regula excipiantur ſpurij, vt eſt certiſsimum, & infra ſpeciatim tractandum, optimam cautelam eſſe, legare filio ſpurio pro alimentis ſolũ vſumfructum alicujus fundi, cujus reditus ſint ſatis ad competentem ejus ſuſtentationem, addita ea lege, vt poſt mortem ipſius ſpurij pertineat fundus, tam quoad vſumfructum, quàm quoad proprietatem ad ejus liberos; ſiquidem nepoti, etiam ex filio ſpurio, poteſt auus relinquere quælibet ſua bona, ſi aliunde prohibitus non ſit, vt in caſibus ſuperiùs exceptis. Ita Barthol. *in l. fin. ff. de His quib. vt indign.* Parlad. *lib.* 1. *de Reb. quotid. c.* 16. *n.* 4. Roderic. Suar. *in l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 3. *fori, n.* 12. & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. c.* 3. *dub.* 43. *n.* 12. conſonat relatis alijs Simon de Præt. *lib.* 3. *de Interpr. vlt. vol. interpr.* 1. *dub.* 3. *ſol.* 2. *num.* 9.

Secunda concluſio: ſpurius poteſt ex 62
teſ-

teſtamento ſuccedere conſanguineis collateralibus, vt fratribus, etiam legitimis, & ex parte patris, & alijs: Ita Barthol. *in l. Si is qui ex bonis*, & ibi omnes, *ff. de Vulgari*, Ioan Caccialup. *in Repet. l. Si qua illuſtris, Cod. Ad Orfician.num.* 79. Guilielm. Bened. *in cap. Raynutius, de Teſtament. verb. Et vxorem*, 5.*num.* 130. Molina Theol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 167. *concluſ.* 12 Emman. Coſta *in c. Si pater*, 2.*p. verb. Bona omnia, ſub n.*12.*verſ. Et hæc omnia*, & Sanch *lib.* 4. *Opuſc. cap.*3. *dub.* 44 *numer.* 1. & cæteri communiter. Probatur primo argum. text. *in d. l. Si is qui*, vbi dicitur ſpurium poſſe ex Pupillari capere bona fratris pupilli, eo quod ab illo, & non à patre ſubſtituente capere cenſeatur. Secundò, quia nullibi reperitur prohibitum, quod ſpurij capiant à cōſanguineis; & in hac materia licent omnia, quæ expreſsè prohibita non ſunt: Gloſ. *in Auth. Quibus modis natur. effician. ſui cap* 5. *verb. Participium, ad fin.*

63 Si autem quæras, vtrùm ſpurius, etiam ab inteſtato ſuccedere poſsit ſuis conſanguineis collateralibus? Reſpondetur poſſe conſanguineis ex parte matris, vt fratribus vterinis, & alijs vlterioribus de matris linea, etiam ex damnato coitu genitis. Ita expreſsè habetur in *Ordin. Luſit. lib* 4. *tit.* 93. eſtque etiam de jure communi per text. *in l. Si ſpurius*, 4. *ff. Vnde cognati*, & ibi Gloſ. & DD. & tradit Molin. *ſup.* Conſanguineis autem ex parte patris minimè ſuccedunt, vt habetur *in d. l. Si ſpurius*, & notat idem Molin. addens, quod conſanguineis ex parte patris non ſuccedunt ab inteſtato ſpurij etiam ſi reſcripto Principis ſint legitimati: quod expreſsè tradit Gloſ. *in l.* 2. *ff. Vnde cognati, verb. Naſcuntur* per text. *in Auth. Quibus mod. naturales efficiantur ſui*, §. *Filium autem*, ſed de hoc infra ſuo loco. Et idem dicendum eſt, ſpectato jure Luſitano cùm contrarium non diſponat. Quid tenendum ſit ſpectato jure Caſtellæ circa ſucceſsionem ſpurij, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, ac ſpeciatim ſi ſit filius clerici, aut monachi, vel monialis, videri poteſt apud Sanch *d. cap.* 3. *dub.* 10. *& ſeqq.* item apud Coſtam, & Molin. *loc. citat.*

Illud tandem circa prædicta non omittendum, quòd vt ſpurius poteſt, aut non poteſt aliquibus perſonis ſuccedere, ita vicisſim perſonæ illæ poſſunt, aut non poſſunt ſuccedere ipſi ſpurio: Mol *d. diſp.* 167. *concluſ.* 2 *ad fin & concluſ.* 11. *&* 12. *verſ. In regno Caſtellæ, ac ſæpe alibi:* Dueñas *regula* 366. *ampliat.* 7 Peregrin. *de Iure Fiſci, lib.* 3 *tit.* 8. *num.* 29 Sanch. plures referens *lib.* 4 *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 43 Emman. Barb. *in Remiſsion. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 93. *num.* 10. & cæteri communiter. Idem quoad ſucceſsionem inter conſanguineos collaterales ex parte matris expreſsè habetur *d. tit.* 93. *Ordinat. Regiæ.* Fundamentum eſt, quia id poſtulat ſeruandæ æqualitatis ratio. 64

§. 4. *Expediuntur quædam aliæ quæſtiones circa ſpurios.*

SUMMARIUM.

Filio ſpurio poteſt, & debet pater relinquere alimenta ſi ille non habeat aliunde, quo ſuſtentetur. Quod procedit, licèt ſit genitus ex inceſtis nuptijs, & licet ſit filius clerici, numer. 65.

Non poteſt pater relinquere alimenta filio ſpurio, niſi quatenus indiguerit. Et quomodo id ſit intelligendum? numer. 66.

Vtrum filio ſpurio relinquenda ſint alimenta juxta ſolam indigentiam naturæ, vel etiam juxta decentiam ſtatûs, & qualitatem perſonæ? n. 67. *& ſeq. Quid veniat in conſideratione ſtatûs ad prædictum effectum? num.* 69.

Filiæ ſpuriæ quatenus poſsit, & debeat dari dos pro alimentis? ibid. Si dos illi data excedat alimenta, an talis exceſſus reſtitui debeat conſtante matrimonio, & qui poſſunt illum exigere? num. 70. *& ſeq.*

Ex quibus cauſis parentes poſſunt exhæredare filios, poſſunt etiam eis denegate alimenta, ijs exceptis, quibus ad vitam ſuſtentandam indiguerint; numer. 72.

Obligatio præſtandi alimenta filijs ſpurijs tranſit ad hæredes patris, & ad donatarium omnium bonorum, atque in defectum patris tenetur auus eos alere; num. 73.

Bona, quæ pro alimentis relinquuntur filijs ſpurijs, non tranſeunt ad eorum hæredes; num. 74.

Vtrum vterque parens æqualiter teneatur præſtare alimenta filio ſpurio? numer. 75. & ſeq.

Quouſque mater teneatur alere filios legitimos; num. 76. & ſeq.

Filio ſpurio poteſt pater dare aliquid vltra alimenta propter benemerita; & quomodo id ſit intelligendum; numer. 78. & ſeqq.

Vtrum habens filium, aut filiam ſpuriam conjugatam, poſsit ejus conjugem hæredem inſtituere, eive donare; numer. 81. & ſeqq.

Habens filium ſpurium licitè poteſt relinquere, & donare ejus ſocero, aut ſocrui, etiamſi talis filius nupſerit per chartam medietatis; num. 85.

Vtrum ſpurius poſsit titulo oneroſo accipere aliquid à patre, præter alimenta? num. 86. & ſeqq.

Teſtamentarius, cui teſtator præcipit diſtribuere bona ſua inter pauperes, vel ſibi conjunctos, non poteſt de illis dare filio ſpurio ipſius teſtatoris vltra alimẽta, ad quæ pater tenebatur; numer. 89. Proprio autem filio ſpurio pauperi poteſt talis teſtamentarius de illis bonis dare; num. 90.

Vtrum filius ſpurius præſcribere poſsit bona ſibi à patre nulliter donata vel relicta; num. 91.

Vtrum incapaces capiendi ex teſtamento poſsint inſtitui cum onere reſtituendi alteri hæreditatem, ita ut poſsint cogi adire, & reſtituere? num. 92. remiſsiuè.

VBerioris doctrinæ gratiâ quædam aliæ quæſtiones circa filios ſpurios hìc expedire operæ pretium erit.

Prima quæſtio ſit: vtrum prædictis non
obſtantibus, poſsit pater filio ſpurio re- 65
linquere aliquid pro alimentis? Reſpondetur, ſi talis filius aliunde non habeat quo ſuſtentetur, poſſe & debere patrem illi dare competentia alimenta, & conſequenter poſſe pro illis ei aliquid in teſtamento relinquere. Ita DD. omnes per text. *in cap. Cum haberet, de Eo qui duxit in matrim. quam polluit per adulter.* vbi Pontifex de ſpurijs loquens ſic ait; *Solicitudinis tuæ intererit, vt vterque* (id eſt tam pater, quàm mater) *liberis ſuis, ſecundùm quod ijs ſuppetunt facultates, neceſſaria ſubminiſtret.* Qui textus hodie non ſolùm habet locum in foro Eccleſiaſtico, ſed etiam in ſæculari, nihil obſtante, quod jure Cæſareo interdicuntur patres talibus filijs alimenta prębere, per text. *in Auth. Quib. mod. naturales effic. liber.* Horum enim jurium rigor prædicta ſanctione Canonica ſublatus eſt. Et ita relatis multis docent Simon de Præt. *lib. 3. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dub. 3. ſolut. 2. num. 7.* dicens eſſe communem ſententiam, Surdus *de Alim. tit. 1. q. 10. num. 6.* Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 168. num. 2.* & Emman Barb. *in Remiſſ. ad Ordinat. Reg. lib. 4. tit. 99. §. 1. numer. 2.* Atque id etiam ſtatuitur jure Luſitano *loco cit. Ordinat.* & jure Caſtellæ, *l. 10. Tauri, quæ eſt, 8. tit. 8. lib. 5. nouæ collect.* Addit pręterea Molina *loco citat.* cum Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 37.* hęc eſſe intelligenda, licèt talis filius genitus ſit ex inceſtis nuptijs, quidquid repugnet Baldus: notat quoque Nauar. *de Spol. cler. §. vltim. numer. 9.* prædicta locum habere, etiam poſt Extrauag. Pij V. *In filijs præſbyterorum.* Quin etiam docent multi, teneri clericum præſtare alimenta filijs ſpurijs, etiam ex reditibus beneficij. Ita idem Nauar. *ſup. num. 11.* Petr. Barboſ. *in l. 1. ff. Solut. matrim. p. 4. num. 133.* Cald Per *de Poteſt elig. cap. 13. num. 11.* & cum alijs Emman. Barb.

vbi

vbi ſupra, num. 9.

66 Dixi ſi talis filius aliunde non habet, quo ſuſtentetur, quia pater non poteſt dare filio ſpurio, niſi quatenus indiget vt ſuſtentetur, vt bene aduertit Molina *d. diſp.* 168. *verſ. Alimenta*, & relatis pluribus Emman. Barboſ. *vbi ſup. num.* 8. & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 31. *numer.* 2. & conſtat facilè, quia per jus Ciuile prohibentur omninò patres quidquam præbere filijs ſpurijs: quod jus non eſt correctum per jus Canonicum, niſi tantùm quoad alimenta neceſſaria *in d. cap. Cum haberet*. Ergo ſolùm quatenus indigent vt ſuſtententur, poteſt his filijs aliquid à patribus præſtari. Unde docet bene Sanch. *ſup.* cum alijs, quòd ſi talis filius aliunde habeat alimenta, vel aliquod officium condignum perſonæ, ex quo ſine dedecore poſsit victum quærere, non poſſe patrem ei aliquid relinquere; quia in tali caſu ceſſat neceſsitas ſubuentionis paternæ. Item notat optimè Molina *citat.* ſi talis filius habeat quo aliqua ex parte ſuſtentetur, ſolùm ei poſſe dari à patre quod deeſt ad congruam ſuſtentationem; & ſi fortè decurſu temporis non indigeat paterno ſubſidio, vel non tanta portione detrahendum ei eſſe, quo non indiguerit.

67 Dubitari verò ſolet, vtrum alimenta ſint danda ſpurio juxta ſolam indigentiam naturæ, vt viuere poſsit, vel juxta decentiam ſtatûs, vt poſsit decenter viuere ſecundùm ſtatûs & perſonæ qualitatem? Multi tenent ſolùm eſſe pręſtanda juxta indigentiam naturæ. Ita Bald. *in l. Si maritus, ff. Solut. matrim.* Caſſan. *conſil.* 39. *num.* 55. Petr. Barboſ. *in l.* 1. *p.* 4. *numer.* 65. *verſ. Sed prima opinio, ff. Solut. matrim.* Rebell. *de Obligat. juſt. p.* 2. *lib.* 5. *q.* 8. *num.* 4. & 7. & alij apud Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 99. §. 1. *num.* 7. atque juxta hanc opinionem judicatum fuiſſe in hoc Regno teſtatur Gama *deciſ.* 201. *num.* 4. & *deciſ.* 225. & 343. *num* 4. Probatur, quia hęc alimenta pręſtantur contra jus Ciuile correctum per jus Canonicum ex miſeratione erga illos filios: correctio autem juris eſt odioſa, & non debet extendi, ſed potiùs reſtringi, vt omnes fatentur: ergo præſtatio horum alimentorum debet intelligi conceſſa cum reſtrictione ad indigentiam naturæ, & non extendi ampliùs.

Contrariam tamen ſententiam, quòd 68 hæc alimenta præſtari debeant ſecundùm perſonæ & ſtatûs dignitatem, tenent Gloſ. *in l. Nepos Proculo, ff. de Verbor. ſignif.* Iaſ. *in §. fin. Inſtit. de Action.* & *§. Item Seruiana, num* 64. *eod. tit.* Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2. *p. cap.* 8. §. 6. *num.* 7. Molin. Iuriſta *lib.* 2. *de Primog. cap.* 15. *numer.* 55. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 41. Mattienſo, *in l.* 8. *Gloſ.* 1. *num.* 1. & 10. *tit.* 8. *lib.* 5. *nouæ recopil.* Molin. Theol. *d. diſp.* 168. *num.* 2. & relatis alijs Sanch. *d. cap.* 3. *dub.* 34. *num.* 3. Colligitur *ex l. Sed & ſi quid, §. Sufficienter, ff. de Vſufructu.* Et ſuadetur præterea, quia indignum, & valde alienum eſſet à ratione, filio Ducis v. c. ſolùm præſtari à patre, quod ad ſolius naturæ ſuſtentationem ſufficiat; nec ea intelligi poteſt fuiſſe mens Pontificis *in dict. cap. Cum haberet*, vbi notanda ſunt illa verba, *Secundùm quod eis ſuppetunt facultates:* quæ planè ſignificant ſubuenire debere filijs ſpurijs, attentis etiam diuitijs parentum, & non ſpectatâ tantùm indigentiâ naturæ ipſorum filiorum. Unde ad fundamentum primæ ſententiæ dicendum, per dictum jus Canonicum corrigi Ciuile, etiam quoad alimenta neceſſaria ad decentiam ſtatûs: cùm tam ipſa verba Pontificis, quàm ratio, quæ illum mouit, ſuadeant, ita debere intelligi illam correctionem.

In conſideratione autem ſtatûs pro his 69 alimentis præſtandis non ſolùm venit perſona ipſius ſpurij, ſed etiam quas ille tenetur alere, vt ejus vxor, ſi repugnante patre eam duxerit, *l. Siquis à liberis, §. Non tantum, ff. de Liber. agnoſc.* item liberi, necnon ſerui, & ancillæ, quibus juxta ſuum ſtatum indiget; cùm hæc etiam ad ejus ſtatum pertineant, *l. Habitatio, ff. de Vent. in poſſeſſ. mit.* Quæ omnia latiùs tradit relatis alijs Sanch. *d. dub.* 34. *numer.* 3. & *ſeqq.* Hinc etiam notat bene

Molina *d. diſp.* 168. *verſ. In dotem*, poſſe filiæ ſpuriæ dari in dotem id omne, quo attenta illius qualitate, & circunſtantijs occurrentibus, indiguerit ad competentem ſuſtentationem; idque licèt ſit filia clerici, vt etiam tenet Nauar. *de Spolys cleric. §. vltim. num.* 10 vbi explicat Extrauag. Pij V. quæ repugnare videbatur. Si autem dos excedat alimenta, quibus in totam vitam indiget, reſtitui debet talis exceſſus hæredibus patris dotantis, idque ante judicis ſententiam; cùm talis exceſſus fuerit nullus. Sic Molina *proximè citat.* eſtque communis ſententia.

70 Difficultas verò eſt, vtrùm dicti hæredes, vel ipſe pater, qui dotauit, poſſint exigere, ſeu reuocare illum exceſſum à viro talis ſpuriæ conſtante matrimonio? Quidam enim ſimpliciter negant, vt Barthol. *in l. fin. §. Si à ſocero, ff. Quæ in fraudem credit.* & ibi Angel. & alij, eo quod maritus habeat dotem titulo oneroſo. Alij ſimpliciter affirmant, vt Matienſo *in d. Gloſ.* 5. *num.* 36. Alij verò diſtinguunt, amplectendo partem negatiuam, ſi maritus quando nupſit ignorabat vxorem eſſe ſpuriam: affirmatiuam verò, ſi id ſciebat. Ita poſt alios Couar. *d. §. 6. num.* 12. & Anton. Gomez, *in l. 9. Tauri, num.* 44.

71 Meliùs tamen diſtinguunt Molina, *ſup.* & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 39. *numer.* 12. *& ſeqq* qui aſſerunt, quòd vel pater, qui dotauit habet filios legitimos: & tunc ſiue maritus ignoraret, ſiue ſciret vxorem eſſe ſpuriam, poſſunt tales filij exigere ab illo, etiam conſtante matrimonio, quidquid pater ſpuriæ dotauit vltra id de quo liberè poterat diſponere, vt ſi quid dedit vltra tertium in Luſitania, vel vltra quintum in Caſtella; cùm talis exceſſus pertineat ad legitimam filiorum, quam pater eis minuere non poterat: vel non habet filios legitimos; & tunc ſi maritus ignorauit, vxorem eſſe ſpuriam, non poteſt ei auferri exceſſus dotis, matrimonio conſtante, ne maneat injuſtè deceptus in dote ſibi promiſſa, quam deceptionem pater, qui dotauit, reſarcire tenetur. Secus autem ſi ſciebat vxorem eſſe ſpuriam; cùm in tali caſu ceſſet dicta deceptio, nec alia ſit ratio, qua ſe tueri poſſit. Addit præterea meritò Molina, quod etiam poſt diſſolutum matrimonium, non poterunt hæredes patris dotantis repetere dotis exceſſum è marito, qui ſpuriam duxit ex ignorantia, ſi filios ex illa habet. Quia cederet in injuriam ipſius mariti, quòd proles ſua priuaretur bonis ſibi cum tali vxore in dotem datis.

Illud denique hìc notandum, ex quibus cauſis parentes poſſunt filios exhære- 72
dare (de quibus infra ſuo loco) poſſe etiam eis denegare alimenta, ijs exceptis, quibus ad conſeruandam vitam indiguerint, ſicut ex ipſis etiam cauſis ob quas filij poſſunt exhæredare parentes, poſſunt quoque eis denegare alimenta, vt per *l. vltim. Cod. de Alen. liber. l. Si quis à liberis, §. Idem judex, ff. de Liber. agnoſc.* & vtrobique Gloſ. quod etiam habetur in jure Caſtellæ *l. 6. tit.* 19. *p.* 4. vbi exprimitur, non eſſe eis deneganda, quę ad vitam conſeruandam eis fuerint neceſſaria. Tradit hoc Molina *d. diſp.* 168. *fine* vbi alios adducit.

Secunda quæſtio: vtrum dicta obliga- 73
tio præſtandi alimenta filijs ſpurijs tranſeat ad hæredes patris? Reſpondetur affirmatiuè ex communi ſententia, quam ſequuntur Couar. *Epit. in* 4. *Decretal. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 6. *num.* 15. Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num.* 38. Gama *deciſ.* 11. *numer.* 8. *&* 9. Molina *d. diſp.* 168. *num.* 3. Rebel. *de Obligat. juſt. p.* 2. *lib.* 5 *q.* 8. *numer.* 7. & relatis alijs Emman. Barboſ. *in Remiſſionib. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 99. *§.* 1. *num* 8. Colligitur *ex l. Si quis à liberis, §. Item reſcriptum, ff. de Liber. agnoſc. & ex Auth. Licet, Cod. de Natural. liber.* & conſtat facilè ex generali regula, quòd reales obligationes defuncti tranſeunt ad ejus hæredes. Addit Barboſ. *loco cit.* cum Matienſo *in l. 8. Gloſ.* 1 *numer.* 20. *&* 21. *tit.* 8. *lib.* 5. *nouæ recopil.* hoc onus alimentãdi tranſire etiam in donatarium omnium bonorum. Notat etiam ad hoc Molina *loco citat. num.* 4. quod in defectum parentum, tenetur auus alere filios ſpurios. Concinit Rebel.

vbi

Digitized by Google

vbi ſup. vbi aſſerit quòd in defectum patris, & ejus hæredum, poteſt ſpurius cogere auum, ejuſue hæredes, vt ſibi præſtent alimenta. Et ita in hoc regno Luſitano judicatum eſt, vt conſtat ex Gama *d. deciſ.* 11.

74 Tertia quæſtio: vtrùm bona, quæ pro alimentis filijs ſpurijs relinquuntur, tranſeant ad eorum hæredes? Reſpondetur negatiuè; quia pater de jure communi ſolùm debet alimenta filijs ſpurijs: alimenta autem finiuntur morte ejus cui præſtantur, *l. Cum hi, §. Si vni, ff. de Tranſaction. l. Dominus, §. fin. ff. de Vſufruc.* Vnde his filijs relicta, vt ex eis alantur, ſolùm pertinent ad illos quoad vſumfructum, durante eorum vita, qua finita redeunt ad eorum patrem, vel ejus hæredes. Sic Bald. *in l. Tanquam, num.* 41. *Cod. de Fideicommiſſ.* Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2. *p. cap.* 8. §. 6. *num.* 15. Anton. Gom. *in l.* 10. *Tauri, num.* 42. Tello *ibidem, numer.* 96. Caſtillo *in l.* 9. *Tauri, verb. Como quiſiere, & d. l.* 10. *num.* 39. Molina, *d. diſp.* 168. *num.* 3. & alij quos refert & ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 35. *num.* 2. vbi *num. ſeq.* tradit oppoſitum eſſe de jure Caſtellæ per *l.* 10. *Tauri.*

75 Quarta quæſtio: vtrùm vterque parens æqualiter teneatur præſtare alimenta filio ſpurio? Affirmat Panorm. *in d. cap. Cum haberet, de Eo qui duxit in matrim. quam pol.* Quæ ſententia eſt ſatis probabilis ſtando in jure communi: primò, quia *in d. cap. Cum haberet*, tam patri, quàm matri hoc onus injungitur. Secundò, quia in præſtandis alimentis pro ſuſtentatione filiorum jus naturale, ſeu naturæ inſtinctus attenditur, *l.* 1. *§. Ius naturale, ff. de Iuſt. & jure*; hoc autem jus æquè matrem, atque patrem impellit: vnde cùm jure poſitiuo non determinetur, quantum pater, vel mater debeat præſtare pro his filijs alendis, par onus vtrique incumbit, ſicut ipſi filij æquè patri, ac matri alimenta, & ſubſidium naturæ ſuppeditare debent, *l. Cum carioſæ, Cod. de Nuptijs.* Tertiò, quia ſi quid huic paritati obſtaret, eſſet quia pater magis principaliter concurrit ad generationem filij: at hic maior concurſus non videbitur conſiderabilis, ſaltem reſpectu filiorum illegitimorum, qui cùm patriæ poteſtati non ſubſint, *§. Aduerſus, Inſtit. de Nupt.* non magis pertinent ad curam patris, quàm matris, præſertim cùm mater ſemper ſit certa; non ita vero pater, qui ordinariè reſpectu illegitimorum eſt valde incertus.

76 Contraria tamen ſententia nobis amplectenda tenet, matri incumbere onus alendi dictum filium vſque ad tertium ætatis ejus annum expletum: patri verò in reliquum tempus vitæ illius. Ita poſt alios Valaſc. *conſult.* 92. *fine*, vbi dicit, hanc opinionem eſſe in praxi receptam, & Molina, dicens eſſe communem *d. diſp.* 168. *ante finem.* Fundamentum eſt, quia reuocato jure Cæſareo vetante dari à patribus alimenta filijs ſpurijs, cùm conſtet vtrumque parentem teneri ea præſtare, non poteſt æquiùs determinari quantum quiſque præſtaturus ſit, quàm quod pro alendis filijs legitimis, & naturalibus ab ipſo jure Cæſareo, & Canonico determinatum eſt: id verò eſt, vt mater alat filium, quo ad vſque ſit trimus: pater verò deinceps; vt conſtat per text. *in l. pen. Cod. de Patria poteſt*, & ibi Gloſ. *verb. Trimo, & text. in cap. fin. de Conuerſ. infidel.* & ibi Gloſ. *in §. Illud, Authent. vt lic. matri, & auiæ, collat.* 8. *& Gloſ. fin. in d. cap. Cum haberet, de Eo qui duxit in matrim.* docentque communiter DD. quos latè refert Valaſc. *d. conſult.* 92. & ita jure Luſitano *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 99. expreſsè conſtitutum eſt, vt ſiue filius ſit legitimus, ſiue naturalis, ſiue ſpurius, mater teneatur eum lacte nutrire primis tribus annis; omnis autem alia expenſa ad eum alendum neceſſaria, tam pro illis tribus annis, quàm pro reliquo tẽpore pertineat ad patrem; & ſi fortè mater illam fecerit, poſsit eam à patre exigere: de quo videndus Molin. *loc. citat.* vbi hoc magis explicat.

77 In defectum autem patris tenetur mater integra alimenta filio præſtare ſi poſſit, *l. Si quis à liberis, ff. de Liber. agnoſc.* Conſonat Ordinat. Luſitaniæ, *d. tit.* 99. *§.* 2. vbi habetur, quod in omni caſu, quo

pater

pater tenetur ſoluere educationem filij, ſi non habeat vnde ſoluat, ſoluetur ex bonis ipſius filij: ſi autem nec is habeat bona, tunc fiet expenſis matris, quantum commodè poterit. Deinde §. 3. *& ſeqq.* quædam alia diſponuntur circa expenſas à matre factas in filio poſt mortem patris educando, ejuſue bonis adminiſtrandis, quæ ibi videri poſſunt.

78 Quinta quæſtio: vtrùm filio ſpurio poſſit pater in vita, vel in morte dare aliquid vltra alimenta propter benemerita? Reſpondetur affirmatiuè; quia licèt pater prohibeatur quidquam donare, aut relinquere filijs ſpurijs, vltra alimenta: at dare propter benemerita non cenſetur donatio ſimpliciter, ſed remuneratio, quæ quidem non eſt prohibita inter eos, inter quos donatio prohibetur, vt inter patrem & filium, inter virum & vxorem, vt eſt communis & recepta ſententia, quam agendo de donatione remuneratoria inter virum & vxorem tradit, & latè probat contra Pinel. Sanch. plures referens *lib. 6. de Matrim. diſp. 6. num.* 11. Et ita reſolutionem traditam tenent in ſpecie Perez, Rojas & alij quos citat & ſequitur idem Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap.* 3. *dub.* 38. *num.* 1.

79 Aduerte autem vt prædicta reſolutio locum habeat, requiri primò vt conſtet de meritis, quia ſi de illis non apparet, habebitur pro ſimplici donatione, quæ prohibita eſt. Sanch. *d. diſp.* 6. *num.* 3. *& d. dub.* 38 *num.* 2 Secundò, vt merita æquipollcant donationi: quia ſi hæc excedit, erit in eo exceſſu donatio ſimplex, *cap. Relatum,* 2. *de Teſtament.* ibi: *Iuxta ſeruitij meritum*; & ita idem Sanch. *loco cit.* qui *d. diſp.* 6. *num.* 3. multis probat, ſatis eſſe, quòd merita præcedant: quia ſi de illis conſtet, licèt nulla eorum fiat mentio, præſumitur donatio facta contemplatione illorum, & de ea tanquam de remuneratoria judicandum eſt.

80 Cęterùm vt obſequia & ſeruitia donanti præſtita rationem meriti habeant ad prædictum effectum, opus eſt vt non ſint debita; nam quę ex debito, & neceſſitate fiunt, non ſunt remuneratione digna, *l. Proximè, ff. de Ritu nuptiar. cum ſimil.* apud Sanch. *loc. proximè cit. num.* 4. Non oportet autem ſeruitia, & merita eſſe talia, vt de rigore juſtitiæ eis debeatur merces, ſed ſatis eſt quòd ſint talia, vt virum honeſtum deceat ea remunerare, obligentque lege gratitudinis ad antidota. Quod bene probat text. *in l. Aquilius regulus, ff. de Donat.* ibi; *Defendi, non meram donationem eſſe, verum officium magiſtri mercede remuneratum: & in l. Metum, §. Sed licet, ff. de Eo, quod met. cau.* cum alijs, quos in hanc ſententiam adducit Sanchez *d. diſp. 6. num.* 2. vbi eam cum multis alijs amplectitur.

81 Sexta quęſtio: vtrùm habens filium, aut filiam ſpuriam conjugatam poſſit inſtituere ejus conjugem, eiuè donare? Negant aliqui; cùm id ſit per intermediam perſonam donare ſpurio, qui ex donatis conjugi non mediocre capiet emolumentum. Sic Hoſtienſ. & Ioan. Andreas *in cap.* 1. *de Teſtament.* & Rojas *Epit. de Succeſſion. cap.* 20. *num.* 38. Alij verò affirmant per *l. fin. ff. de His quib. vt indign.* vbi habetur, quòd habens vxorem aliqua de cauſa indignam, quæ inſtituatur, poteſt inſtituere ſocerum ipſius vxoris patrem; & redditur ratio, quia taciti fideicommiſſi ſuſpicionem ſola ratio paternæ affectionis non admittit: eadem autem eſt ratio, vt pater, cujus filia eſt incapax, poſſit inſtituere generum; cùm correlatiuorum, quales ſunt ſocer & gener, eadem regulariter ſit diſciplina. Mouentur præterea, quia leges prohibentes ſpurium accipere à patre, ſunt pænales, & ſic non extendendæ: proindeque extendi non debent ad conjugem ſpurij. Sic Anton. Gomez *in l. 9. Tauri, num.* 17 Matienſo *lib.* 5. *Ordinam. tit.* 8. *l.* 6. *Gloſ.* 8. *num.* 27. Parlad. *lib. 1. de Reb. quotidian. cap.* 16. *num.* 2. *&* 3. Dueñas *reg.* 366. *fine,* Perez *lib.* 1. *Ordin. tit.* 3. *l.* 22. *& lib.* 5. *tit.* 2. *l.* 1. & cum alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 3. *dub.* 42 *num.* 2.

82 Hæc ſecunda ſententia eſt probabilior, & tenenda; cum ea tamen moderatione, vt ex relictis genero, aut nurui, nihil acquiratur conjugi ſpurio: quam moderationem

Digitized by Google

onem adhibent tenendo prædictam ſententiam Cald. *de Nominat. emphyt q.19. num. 55. & ſeqq.* & Molin. *diſp.* 167 *poſt. 9. concluſ.* Vnde inferunt, quod vbi bona inter conjuges communicantur; vt fit in hoc Regno, quando aliud pacto non exprimitur, non licebit ſocero dare, aut relinquere aliquid genero, vel nerui, cui ejus filia, vel filius ſpurius matrimonio copulatus eſt.

83 Cæterum ego non dubito, nec Caldas *loc. citat.* videtur negare, quod etiam in hoc Regno, quando matrimonium eſt celebratum cum communicatione bonorum, ſi ſocer generum, vel nurum inſtituat, ſiuè donet, talis diſpoſitio valeat in fauorem ipſius generi, vel nurus; ita ut totum ei acquiratur, etiam quoad vſumfructum, & nihil filiæ, vel filio ſpurio communicetur Quia licèt matrimonium celebratum fuerit per chartam medietatis, ſeu communicationis bonorum, id non tollit, quominus conjux, cui donatur, ſibi tantùm poſsit acquirere, quando res donata non poteſt communicari alteri conjugi; vt in caſu quo donans expreſsè cauit, vt nihil alteri communicaretur, tradit & latè probat Phæb. 2 *p. deciſ* 107. *numer. 5. & ſeqq.* Et conſtat facilè, nam quòd alter conjux ſibi nequeat acquirere, non reddit conditionem alterius deteriorem, ſed potiùs meliorem, vt totum ipſi acquiratur. Quo pacto, licèt per legem patri competat vſusfructus in bonis filij, quem habet in poteſtate, tamen ſi tali filio donetur aliquid ſub expreſſa conditione, vt etiam vſusfructus ad eum pertineat, & non ad patrem, valet conditio, & totum filio acquiritur; *Auth. Vt liceat matri, in principio, verſ. Res autem.* Mitto alia exempla, quibus idem probari poſſet.

84 Illud verò addo, quod licèt præfata reſolutio maximè procedat, quando ſocer expreſsit, vt nihil filio, vel filiæ ſpuriæ acquiratur, ſed tantùm nurui, vel genero; attamen etiam locum habere, licèt id non exprimat, ſed ſimpliciter nurum, aut generum inſtituat, ſiuè donet; quia tunc etiam intelligi debet velle, vt ſuus actus valeat meliori modo, quo poteſt; & ſic, quod ſoli genero, vel nurui acquiratur; cùm filio ſpurio acquiri nequeat. Neque obſtabit præſumptio affectionis erga filium, ex qua ſocer intelligetur donaſſe, vel reliquiſſe nurui ſperans fore, vt inde aliquod emolumentum filius capiat. Nam quòd id ſperauerit, non tollit quominus nurus ſibi omnino acquirat: & ſi aliquid inde largiatur, meritò id faciet ſua ſponte, & non ex obligatione aliqua à ſocero inducta: ſpurius autem non prohibetur capere de bonis patris, quando ſibi ſponte, ac liberè donantur ab alio, in quem tranſierunt, vt omnes fatentur. Quin etiam licèt ſocer expreſsè voluiſſet, & fidei nurus commiſiſſet, vt totum, vel partem reſtitueret marito ſpurio, adhuc illa totum ſibi acquirit, & reſtituere poſſet marito, ſi vellet, juxta doctrinam à nobis traditam § 2. *num* 46 quamuis vt ibidem *num.* 48. notauimus, ſocer ita fideicommittens grauiter peccaret.

Ex his à fortiori colliges, contra Molinam *d. diſp.* 167. *num.* 17. habentem filium ſpurium licitè poſſe relinquere, vel donare ejus ſocero, aut ſocrui, etiamſi talis filius nupſerit per chartam medietatis, ſeu communicationis bonorum, vt in hoc Regno fieri ſolet. Nam ſi dare poteſt vxori talis filij, à fortiori poteſt dare parentibus illius, licèt ex illis ad ipſam vxorem bona ſint peruentura; quæ non oportet vt communicentur marito, vt ex dictis conſtat. 85

Septima quæſtio: vtrùm ſpurius ſaltem titulo oneroſo, v.c. emptionis, poſsit aliquid à patre recipere, præter alimenta? Prima ſententia negat, per text. *in l.* 1. *Cod. de Naturalib. liber.* ibi; *Quidquid talibus liberis pater donauerit*, & paulò infra, *vel emptione collatum*, & ita ſentiunt Barth. Bald. Gabr. Paleot. Alex. Dec. & alij, quos referunt & ſequuntur Dueñas *reg.* 366. *ampliat.* 11. Rojas *Epit. ſucceſſ. cap.* 20. *num.* 59. & Plaza *de Delictis lib.* 1. *cap.* 41. *num.* 15. 86

Secunda tamen, & verior ſententia affirmat, per text. *in l. Qui teſtamentum,* 27. *ff. de Probation.* vbi Iuriſconſultus ad- 87

admittit valere contractum mutui, vel alium oneroſum celebratum cum incapaci capiendi vltra certam quantitatem, vt cum filio naturali, vel etiam cum eo qui nihil poterat capere, vt ibi declarat Gloſ. *verb. Modum*, intelligens de ſpurio. Et ratio eſt, quia dans titulo oneroſo, non exercet liberalitatem in accipientem, nec vllum ei tribuit emolumentum, ſed negotium, & commercium cum eo habet in propriam vtilitatem, quod nullibi parentibus reſpectu filiorum ſpuriorum prohibetur. Et ita hanc ſententiam tenent Specular. Guilliel. Bened. Ioan. Gualdent.& plures alij, quos citant, & ſequuntur Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 35.* Mattienſo *lib. 5. Ordinam. tit. 8. l. 6. Gloſ. 7. num. 2. & 3.* Perez *eod. lib. 5. Ordin. tit. 3. l. 2. §. Nuevendida*, & Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 3. dub. 40. num. 2.*

88 Ad text. adductum in contrarium *ex l. 1. Cod. de Natur. lib.* reſpondet cum alijs Sanch. *vbi ſup.* quod ibi pater non emebat à filio, nec illi vendidit, ſed nomine ſpurij ab alio emebat in apertam fraudem legis. Ego tamen facilius dicerem, quod ille textus, ubi agit de dotis titulo, & titulo emptionis, loquitur de datis concubinæ, non vero de datis filio ſpurio, reſpectu cujus ſolùm ibi prohibet donationem fieri: cæterùm etiam ipſi concubinæ non prohibetur vendi titulo vero, ſed ficto, vt declaratur in ſummario illius legis. Aduerte autem, licèt pater proteſtetur, ſe dare filio ſpurio titulo venditionis, vel mutui ab eo accepti, aliouè ſimili, præſumi dare titulo ficto in fraudem legis, niſi probetur verè accepiſſe pretium, aut mutuum à filio, vt expreſſè habetur *in d. l. 1.* & notant communiter DD.

89 Octaua quæſtio: vtrùm ſi pater in teſtamento præcipiat, bona ſua diſtribui inter pauperes, vel ſibi conjunctos, poſsit executor teſtamenti eligere filium ſpurium teſtatoris pauperem, & dare illi aliquid de bonis paternis vltra alimenta, ad quæ pater tenebatur? Reſpondetur negatiuè ex communi ſententia, quam tenent Barthol. *in l. fin. num. 7. ff. de His quib. ut indign.* Bald. *in l. Ab eo, Cod. de Fideicommiſſ.* Guilliel Bened. *in cap. Raynutius, de Teſtament. verb. Et vxorem nomine Adelaſiam deciſ. 5. num. 122. & 127.* Boer. *deciſ. 127. num. 14. & 15.* Peralta *in l. Vnum ex familia, num. 28* & ibi Padilla *in §. Si de Falcidia, ff. de Legat. 2.* Cepola *cautela* 38. Emman. Coſta *in cap. Si pater, de Teſtament. in 6. 2. p. verb. Bona omnia, num. 12.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 8. tit. 5. num. 12 & 13.* & cum multis alijs Sanch. *lib 4. Opuſc. cap. 3. dub. 26.* Ratio eſt, quia bona teſtatoris diſtributa per executorem teſtamentarium non capiuntur ab ipſo executore, ſed à teſtatore, *d. l. Vnum ex familia, §. Si de Falcidia*; ſpurius autem nihil poteſt capere à patre vltra alimenta, ad quæ pater tenetur, vt ex superioribus conſtat.

Hinc à contrario colligitur, poſſe ipſum executorem teſtamentarium dare filio ſuo ſpurio pauperi de bonis teſtatoris ſibi ad diſtribuendum inter pauperes cómiſsis; cùm non ipſe cenſeatur dare, ſed teſtator, qui eum executorem fecit, *d. §. Si de Falcidia.* Sic Peralta, Padilla, Emman. Coſta, Mantica, Sanch. *loc. ſup. cit.* & alij. 90

Nona quæſtio: vtrùm ſpurius poſsit præſcribere ſibi relicta, vel donata à patre? Reſpondetur, non poſſe præſcribere præſcriptione decem, vel viginti annorum, etiam ſi bona fide putaret ſe legitimum eſſe: quia ad præſcribendum eo temporis ſpatio vltra bonam fidem requiritur titulus: is autem titulum non habet, niſi lege reprobatum. Sic relatis pluribus Plaza *lib. 1. de Delictis, cap. 41. numer. 16.* Mattienzo *lib 5. Ordinam. tit. 8. l. 6. Gloſ. 3. num. 4.* Rojas *Epitom. ſucceſſ. cap. 20. num. 123.* Dueñas *reg. 366. ampliat. 5.* Perez *lib. 8. Ordinam. tit. 15. l. 2. fol. 304. pag. 1.* Ciſuentes *in l. 9. Tauri, num. 16*, & Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 3. dub. 47.* Bene autem præſcribere poterit, ſi bonam fidem habeat, ſpatio 30. vel 40. annorum; quia ad præſcribendum tempore longiſsimo, quale illud eſt, ſufficit bona fides abſque vllo titulo. Ita cũ alijs 91

alijs Cifuentes, Perez, & Sanch. *vbi ſup.*

92 Quæri tandem hìc poſſet tam pro ſpurijs, quàm pro quibuſcumque alijs incapacibus capiendi ex teſtamento, vtrùm poſſint inſtitui cum onere reſtituendi alteri hæreditatem, ita vt poſſint cogi adire, vt eam reſtituant? Cæterùm quia hæc quæſtio propriè ſpectat ad materiam de fideicommiſſis, vbi fuſè à DD diſputari ſolet, non oportet circa eam hoc loco immorari: videatur Gloſ. *in l. Eam quam, verb. Coguntur, C. de Fideicom.* vbi etiam Barth. *n. 6. & 7.* Comenſ. *n 43. & ſeq.* Paul. de Caſtr. Salic. Angel. Raphael Cuman. Padilla *à n.* 121. & cæteri ſcribentes communiter, Peregr. *de Fideicom. art. 2. n* 79. *& ſeq.* & quæ circa hoc diximus *diſp. præced. ſect.* 8. §. 4. *n.* 1196. *& ſeq.*

SECTIO II.

De ijs, quibus teſtator poteſt relinquere, præſertim titulo inſtitutionis, ſeu hæreditatis.

SVMMARIVM.

POſſunt inſtitui hæredes amentes, ſurdi, muti, prodigi poſthumi, etiam extranei, & quicumque non repe-riuntur prohibiti; num. 93.

Aſsignantur perſonæ, de quibus aliqua eſt dubitatio, an, vel qua ratione poſſint inſtitui? ibid.

93 CVm ſuperiori ſectione in medium attulimus, qui vel ſimpliciter, vel ſolùm reſpectu alicujus certæ perſonæ ſunt incapaces capiendi ex teſtamento, generaliter in præſenti conſtituendũ eſt, exceptis perſonis ibi commemoratis, cæteris omnibus poſſe in teſtamento relinqui, etiam titulo inſtitutionis; cùm juxta regulam initio *ejuſd. ſect.* traditam, quilibet poſſit inſtitui hæres, & capere ex teſtamento, qui per leges non reperitur prohibitus, *ad Inſt. de Hæred. Inſt. in princ. & Inſt. de Legatis, §. Legari.* Vnde rectè poſſunt inſtitui amentes, ſurdi, muti, & prodigi, vt cum Azone, & communi DD. notat Mol. *tom. 1. de Iuſt. diſp.* 154. *n.* 2. quia nullo jure prohibentur. Similiter poſthumi, etiam extranei, vt cum Pichar. notauimus *ſect. præced. n.* 3. Item ſerui tũ proprij, tam alieni; necnon capti ab hoſtibus propter jus poſtliminij; Religioſi etiam, atq; eorum monaſteria; & aliæ communitates, vt Eccleſia, ciuitas, collegium licitum, vt per *l. 1. C. de Sacroſ. Eccleſ.* & ibi DD. & per *l. Omnibus*, 26. *& l.* 1. §. *Si autem collegium, ff. Ad Trebel. & per l. Si hæres, §. Vicis, ff. de Leg.* 1. Cæterũ quia de ſeruis, captis, & Religioſis, eorũq; monaſterijs, plura ſunt notatu digna, & aliquæ etiam moderationes pro eis adhibendæ, ſpeciatim de illis in ſequentibus §§. agemus.

§. 1. *Qua ratione ſerui, & capti ab hoſtibus, poſſint hæredes inſtitui?*

SUMMARIUM.

SEruus, cui nec expreſsè nec tacitè libertas relicta eſt, non poteſt inſtitui hæres à proprio domino: bene tamen, ſi ſaltem tacitè libertas ei relinquatur; num. 94.

Si ſeruus purè à domino inſtituatur, libertate autem ſub conditione donetur, differtur inſtitutio in tempus, quo libertas data eſt. Et quid ſi conditio deficiat? num. 95.

Seruus communis poteſt à quolibet ex dominis inſtitui hæres; ſicut à quolibet eorum, etiam modicam partem in eo habente manumitti poteſt; num. 96.

Seruus alienus poteſt à non domino inſtitui hæres; non ex ſua, ſed ex domini perſona, ſi ipſe dominus inſtitui poſſit; num. 97. Quid, quando dominus fuerit incapax inſtitutionis? num. 98.

Capti ab hoſtibus, quorum ſerui efficiuntur, hæredes poſſunt inſtitui; & quomodo id ſit intelligendum? n. 99. & ſeq.

Vtrum ſimiliter dicendum ſit de ijs, qui ab hoſtibus injuſtum bellum gerentibus capti ſunt? num. 101. & ſeq.

PRo ſeruis ſit prima concluſio. Seruus qua ſeruus, id eſt, cui nec expreſsè, nec tacitè libertas relicta ſit, non 94

poteſt à proprio domino inſtitui hæres: bene autem ſi libertas tacitè ſaltem ei relinquatur. Eſt concluſio certa, & indubitata apud omnes. Prima ejus pars probatur, & declaratur facilè; quia ſeruus, vt ſic, non poteſt à proprio domino hæreditatem capere ex propria perſona, ideſt, vt ſibi ipſi acquirat; cùm ſeruus nihil ſuum habere poſsit, *§. Item nobis, Inſt. Per quas perſonas nobis acquir.* Neque etiam ex perſona alterius (ſcilicet alicujus domini, cui acquirat) quia, mortuo domino teſtatore, hæreditas eſt domina, cui ipſammet hæreditatem acquirere perquam abſurdum eſt, vt patet. Idem ex ipſa juris diſpoſitione ſtatim conſtabit. Alia pars, quòd ſcilicet poſsit inſtitui ſeruus à proprio domino, qui vel tacitè libertatem ei relinquat, conſtat per text. *Inſt. de Hæred. inſt in princ.* vbi Imperatur ſublata quorumdam opinione, qui ſentiebant, ſeruos nō aliter à proprijs dominis poſſe inſtitui, quàm cum libertate, conſtituit vt etiam abſq; libertate, ideſt, abſq; mentione libertatis (ut ibi declarat Glo.) inſtitui poſsint: quocirca ſatis eſt ſeruum ſimpliciter inſtitui, ad hoc vt cum libertate inſtitutus cenſeatur; idq; ad valorem inſtitutionis ſufficit, vt expreſsè habetur *in l. penult. §. Cū igitur, & l. vlt. in princ. C. de Neceſſarijs ſeruis hæred. inſt.*

95 Adhæc, ſi ſeruus purè à domino inſtituatur, libertate autem ſub conditione donetur, differtur inſtitutio in tempus, quo libertas data eſt, vt habetur *in l 3. §. 1. ff. de Hæred. inſt.* Quod ideo eſt, quia ſeruus antequam fiat liber, hæres eſſe non poteſt: vnde ex hoc text. fit euidens, quod in priori parte ſuperioris concluſionis traditum eſt, non poſſe ſeruum, vt ſeruum, inſtitui hæredem; alioqui purè inſtitutus ſtatim fieret hæres, minimè expectato tēpore libertatis. Hinc etiam eſt, vt deficiēnte dicta conditione adjecta, inſtitutio extinguatur, vt eſt tex. *in l. Qui filio, 38. §. Si quis ſeruum, ff. de Hæred. inſt.* Cæterùm ſi conditio illa ſit caſualis, ejus defectus non tollit quominus ſeruus libertatem nanciſcatur, quod ſpeciali fauore libertatis inductum eſt; non fiet autē hæres, niſi hæreditas non ſit ſoluendo, quo caſu erit hæres neceſſarius: prout hæc omnia habentur *in l. vlt. Cod. de Neceſ. ſer. hæredib. inſtit.*

Illud etiam hìc notandum ex Donello *lib. 6. de Iure Ciuili, c. 17.* quod etiam ſeruus communis poteſt ab vno ex dominis inſtitui hæres; quia à quolibet eorum, etiam modicam in eo partem habente, manumitti poteſt, vt per *l. 1. C. de Communi ſeruo manumiſſo*, vbi diſponitur, qua ratione talis manumiſsio perficiatur, ſatisfieríque debeat alijs ſocijs pro partibus, quas in ſeruo habent, vt illum dimittant; non enim poteſt manere partim liber, & partim ſeruus: quo autem modo, & viâ, ſeruus ille libertatem aſſequetur; eâdem etiam, ſuppoſita inſtitutione, hæreditatem obtinebit. 96

Secunda concluſio: ſeruus alienus poteſt à non domino inſtitui hæres, non ex ſua, ſed ex domini perſona, ſi ipſe dominus ſit talis vt inſtitui poſſet. Habetur expreſsè *in l. Non minus, 31. ff. de Hæred. inſtit.* Cum enim ſeruus habere nequeat libertatem à non domino, & ſine libertate hæreditatem acquirere non poſſit, fit vt non ex ſua perſona, ſed ſolùm ex perſona domini, qui hæreditatis ſit capax, inſtitui poſsit, & tunc dominus ſtatim hæreditatem acquirit, ſeruo juſſu ejus adeunte, *l. 1. §. 1. ff. de Acquir. domin. l. Si ſolus, §. 1. ff. de Acquir. hæred.* 97

Cæterùm, quando dominus fuerit incapax, adhuc inſtitutio ſerui poterit eſſe vtilis, & effectum habere, ſi nimirum ante aditam hæreditatē ſeruus manumiſſus, vel alienatus ſit, vt habetur *l. Si ſeruus ejus, 81. ff de Acquir. hæred* ſi enim ſit alienatus, poterit juſſu noui domini capacis hæreditatē adire, eiq; acquiret, vt per eundè textū: ſi verò ſit manumiſſus, acquiret ſibi, cū jam ipſe ſit capax, *l. In tēpus, 62 ff. de Hæred. inſt.* & ſeruus ſemper intelligatur inſtitutus ſub ea conditione, vt ſi capax reddatur ante aditā hæreditatē, ſibi eā acquirat, *l. Si paterfamil. 40. ff. de Hæred. inſtit.* & notauimus *ſect. præced. § 1. n. 25.* 98

Pro captiuis, ſit in ordine tertia, & vltima concluſio: capti ab hoſtibus, quorum 99

rum ſerui efficiuntur, rectè hæredes inſtituuntur; ita vt ſi ab hoſtibus reuerſi fuerint, hæreditatem adire poſsint: ſi autem in ipſa captiuitate moriantur, inſtitutio euaneſcit. Prima concluſionis pars habetur expreſsè *in l. Illa inſtitutio, §. 1. ff. de Hæred. inſtit.* vbi etiam redditur ratio, ibi; *Is, qui apud hoſtes eſt, rectè hæres inſtituitur, quia jure poſtliminij omnia jura ciuitatis in perſonam ejus in ſuſpenſo retinentur, vel non obrumpuntur; itaque ſi reuerſus fuerit ab hoſtibus, poterit adire hæreditatem.* Concinunt alij text. *vt in l. Poſtliminij, in princ. & in l. Retro, & in l. Ppoſtliminium, in princ. ff. de Capt. & poſtlimin. reuerſ. & in §. Sed & ſi ab hoſtibus, Inſt. Quib. mod. patr. poteſt ſolu.* quibus habetur, quòd jure poſtliminij reſtituuntur captiuis ab hoſtibus reuerſis omnia jura, & priſtinus ſtatus, perinde acſi nunquam fuiſſent capti, & ſemper permãſiſſent in ciuitate, ſeu liberi fuiſſẽt.

100 Alia pars concluſionis inde facilè conſtat. Nam ſicut captiuus ab hoſtibus reuerſus dicto jure poſtliminij fingitur ſemper extitiſſe in ciuitate; ita ſi in captiuitate moriatur, fingit lex Cornelia, eum fuiſſe mortuũ vltimâ horâ, quæ immediatè captiuitatem præceſsit, vt *l. Lege Cornelia, ff. de Teſt. & l. Lex Cornelia, ff. de Vulg. & Pupil. & l. In omnibus, ff. de Capt. & poſtlimin. reuer.* Vnde ſi in captiuitate fuit inſtitutus perinde habetur, acſi jam tunc eſſet mortuus, & ſic non valet inſtitutio tanquam de perſona incapaci, & quæ jam è viuis exceſsit, vt rectè arguit Imol. *in d. l. Illa inſtit. §. 1.* & Simon de Præt. *de Interpr. vlt. vol. interpr. 1. dub. 3. ſol 3 n. 3.* & patet *ex l. Si ſeruo meo, §. 1. ff. de Leg. 1.* vbi probatur, nõ valere legatũ relictũ captiuo, qui apud hoſtes mortuus eſt.

Dubiæ autem quæſtionis eſt, vtrum præ-
101 dicta concluſio locum habeat in ijs, qui ab hoſtibus injuſtum bellum gerentibus capti ſunt? Eſt enim dubium, an tales capti libertatem amittant, & verè fiant ſerui capientium, vt ſi ſint Chriſtiani, & capti ſint à Sarracenis? Qua de re latè in vtranque partem diſputaui *diſp. 1. ſect. 2. n. 30. & ſeq.* vbi partem negantem cum grauiſſimis DD. amplexus ſum, quamobrem innitendo doctrinæ ibi traditæ, breuiter hìc dicendum, captos ab hujuſmodi hoſtibus ſimpliciter, ac de jure ordinario, inſtitui poſſe hæredes, ipſamque hæreditatem ſtatim adire, & acquirere, nec petere inſtitutionem, quamuis apud ipſos hoſtes moriantur. Quia per talem captiuitatem, nec libertatem, nec ciuitatẽ amiſerunt, & ſic perinde habent factionem teſtamenti, tam activam, quàm paſsiuam, acſi capti non fuiſſent.

Et idem dicendũ eſt de captis à latro- 102
nibus, ſeu prædonibus, qui non ſunt propriè hoſtes, ſeu quibus publicè indictum bellum non eſt; nam tales etiam capti non fiunt ſerui capientium, vt eſt indubitatũ per text. *in l. Qui à latronibus, ff. de Teſtam.* ſi tamen ab his latronibus deferantur, & tradantur veris hoſtibus, qui eos vt captiuos retineant, tunc verè fient ſerui ipſorum hoſtium, & habebit in eis locum prædicta concluſio vt latè probat Simon de Præt. *d. ſolut. 3. ſub n. 4.* qui tamen in eo diſplicet, quòd putat, id habere locum in Chriſtianis delatis ad Sarracenos; quaſi etiam apud hoſtes injuſtè bellum gerẽtibus capti fiant verè ſerui, quod loco nuper citato impugnauimus.

§. 2. *Vtrum Religioſi, & eorum monaſteria poſsint inſtitui hæredes?*

SUMMARIUM.

OMnia monaſteria, & conuentus Religioſorum, etiam Mendicantiũ, capacia habendi dominium bonorum poſſunt hæredes inſtitui; n. 103.

Collegia, ac Domus Societatis Ieſv, etiam profeſſæ, poſſunt inſtitui hæredes; n. 104. Quid, ſi dictis Domibus profeſsis, hæreditate, vel legato relinquantur bona ſtabilia, quæ habere non poſſunt? ib.

Qui in Societate profitentur, vel Coadjutores formantur, poſſunt relinquere ſua bona Collegijs, et Domibus ejuſdem Societatis; num. 105.

Monaſteria Fratrum Minorum de Obſeruantia, & Capucinorum, qui perfec-

tè eorum regulam abſeruant, & ſi qua ſunt ſimilia bonorum dominium non habentia; atque ipſi horum Ordinum Fratres, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, hæredes eſſe poßunt; num. 106. Neque per fideicommißum vniuerſale poteſt dictis monaſterijs hæreditas relinqui; num. 107. Quid, ſi dicti Minores inſtituantur cum clauſula Codicillari? ibidem.

Si de facto inſtituatur monaſterium Minorum, vel aliquis illorum, nullo ſubſtituto, vel cohærede illi dato, erit teſtamentum irritum, & ſuccedent hæredes ab inteſtato; num. 108. Vtrum tales hæredes, vel ſubſtitutus, aut cohæres, ad quos hæreditas peruenerit, teneantur in foro conſcientiæ æſtimationem illius ſoluere dictis Minoribus? n. 109. & ſeq Volentibus dictis hæredibus ſoluere illam æſtimationem, vt verè ipſis Minoribus debitam, non poſſunt illi eam capere; num: 112.

Quid, ſi Fratres Minores inſtituantur cũ clauſula, Vt hæreditas vẽdatur, & pretiũ cedat in eis neceſſaria? *n. 113. & ſeq*

Vtrum Eccleſia Fratrum Minorum poſsit inſtitui hæres? num. 115. & ſeqq.

Vtrum, ſi Fratres Minores inſtituantur cum onere, vt hæreditatem reſtituant alicui tertio, cogantur, aut poſsint adire, vt eam reſtituant? num. 118.

Fratribus Minoribus, eorumque monaſterijs poſſũt relinqui legata; n. 119. Quãtum, & cum quibus moderationibus, & conditionibus eis legari poſsit? numer. 120. remiſsiuè.

Nouitij cujuſcumque Ordinis, etiam Minorum, poſſunt hæredes inſtitui; n. 121.

Quilibet particulares. Religioſi, quorum Conuentus ſunt capaces habendi dominium in communi, poſſunt inſtitui hæredes, exceptis Profeſsis, & Coadjutoribus formatis Societatis Ieſv; n. 122. & ſeqq. Bene tamen dictis Profeſsis, & Coadjutoribus formatis legari poteſt; num. 125.

PRò Religioſis diſtinguendum ante omnia eſt inter Mendicantes, & non Mendicantes. Deinde Mẽdicantes vel tales ſunt, ut poſsint habere bona in communi, quorũ dominiũ ſit penes ipſã communitatẽ, ſeu monaſteriũ: vel tales, vt ne in cõmuni quidẽ bonorũ dominium habere poſsint; cujuſmodi ſunt Minores de Obſeruantia, & Capucini, qui perfectè eorum regulam obſeruant. His poſitis ſit;

Prima concluſio: omnia monaſteria, & 103
Conuentus Religioſorum, etiam Mendicantium, capacia habendi dominium bonorũ, poſſunt inſtitui hæredes. Hæc apud omnes eſt indubitata, & vbique in praxi recipitur. Ratio patet, quia hæ communitates ſunt quædam Collegia licita, & capacia ſibi ipſis acquirendi. Conſtat autẽ de jure, quòd talia Collegia rectè poſſunt inſtitui hæredes, vt per text. *in l. 1. §. Si autem Collegium, ff Ad Trebel. & in l. 1. C. de Sacroſ. Eccleſ. cum ſimilib.* Confirmatur, quia quælibet perſona, quæ per leges non reperitur prohibita, poteſt hæres inſtitui, juxta generalem regulam initio hujus ſect. traditam; quæ etiam in perſonis fictis procedit, vt per tex. *in l. Omnibus, 26. ff. Ad Trebel. & in l. Si hæres, § Vicis, ff de Leg. 1.* & multis alijs, exceptis autem monaſterijs, & communitatibus dominij incapacibus, cujuſmodi ſunt monaſteria Minorum; nullæ ſunt Religioſæ communitates quæ prohibeantur inſtitui hæredes, ſaltem per leges, vel ſanctiones in corpore juris inſertas. De peculiaribus enim Statutis, vel Conſtitutionibus ſingularũ Religionũ mihi non cõſtat; fortaſsis enim erit aliqua, cui per ſua Statuta interdictũ ſit hæreditates acceptare.

Hinc colliges, etiam Collegia, & Domos 104
Societatis Ieſv poſſe inſtitui hæredes, licèt ſint incapacia ſuccedẽdi in bonis Religioſorũ, qui abſq; præuia bonorũ ſuorũ diſpoſitione profeſsionẽ, aut vota Coadjutorum formatorum, in ipſa Societate emiſerunt. De Collegijs, & Domibus Probationis res eſt manifeſta; cùm ex primæua ſua inſtitutione acquirere, & poſſidere poſsint bona tam mobilia, quàm ſtabilia, & annuos reditus ſibi in perpetuum relictos, vt conſtat ex multis

Bullis Apoſtolicis, & ex Conſtitutionibus ipſius Societatis; vt notat Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 27. num. 1.* De Domibus profeſsis, licèt non ſit res adeò clara, ſiquidem neque reditus annuos, nec alia bona ſtabilia habere poſſunt, præter ea, quæ ad habitationem, & proprium vſum fuerint opportuna, vt habetur in Bulla Confirmationis Iul. III. & in Conſtitutionibus ejuſdem Societatis; attamen quòd etiam poſsint inſtitui hæredes, docent meritò Sanch. *cap. 27. num. 15.* Mol. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 195 num. 3.* Caſtro-Palaus *p. 3. tract. 16. diſp. 3. puncto 10. numer. 2.* & conſtat facilè ex dictis; cùm etiam hæ Domus capaces ſint dominij, & nullibi, neque per jus commune, neque per Conſtitutiones Societatis prohibeantur eſſe hæredes fideliũ, qui eis voluerint relinquere bona ſua. Si autem in hæreditate vel legato eis relicto cõtineãtur bona ſtabilia ipſis non permiſſa, non poſſunt ea acceptare, vt retineant, ſed vt vendant; tenenturque ea quamprimùm vendere, vt aduertit Molin. *dict. numer 3.* & Sanch *num. 16.* poſſunt tamen expectare opportunum tempus vendendi, ne cogantur viliori, quàm par eſt, pretio vendere, vt expreſsè habetur *in Conſtit. Societ. p. 6. §. 5. in declarat. lit. E.* Verũ autẽ, dũ non inuenitur opportunitas vendendi poſsint hæ Domus locare alicui illa bona ſtabilia, & reditus percipere? Reſpondetur, poſſe ad modicum tempus, nõ autem ad longũ, vt ad decenniũ, & vltra. Ita Sanch. *ſup. n. 27. & ſeq.* juxta quoddam decretũ R. P. Generalis, quod refert.

Colliges præterea, quanuis prædicta
105 Collegia, & Domus Societatis non ſuccedant in bonis Religioſorũ abſque præuia diſpoſitione eorum, qui in Societate profitentur, aut Coadjutores formantur; attamen poſſe ipſos Religioſos eis relinquere bona ſua, ſiue titulo inſtitutionis, ſiue legati, ſiue donationis, prout ipſi ante profeſsionem, vel formaturam diſpoſuerint, ut optimè tradit Sanch. *d. cap. 27. n. 16.* Et conſtat facilè, quia quando Religio ſuccedit in bonis Religioſi, qui ante profeſsionem de illis non diſpoſuit, ſuccedit in eis ex perſona ipſius Religioſi, eò quod ille per profeſsionem intelligatur tranſire ſimul cum bonis in Religionem, eaque illi tradere in conſequentiam ſuæ perſonæ, quæ principaliter Religioni traditur. Quando autem ſuccedit ex diſpoſitione ipſius Religioſi, qui teſtamẽto, vel alia ratione bona ſua Religioni dedit, ſuccedit ex perſona propria, quam Religioſus voluit honorare. Ex eo autem, quod Religio ſit incapax ſuccedẽdi ex perſona alterius, non ſequitur quòd etiam ſit incapax ſuccedendi ex perſona propria, vt ſatis per ſe conſtat; cùm hi modi ſuccedendi ſint valde diuerſi, & vnus ſine alio ſtare poſsit.

Secunda concluſio: monaſteria Fratrũ 106
Minorum de Obſeruantia, & Capucinorum, qui perfectè eorum regulam obſeruant, & ſiqua ſunt ſimilia bonorum dominium, etiam in communi, non habentia, atquè ipſi horum Ordinum Fratres, non poſſunt eſſe hæredes neque ex teſtamento, neque ab inteſtato: ita DD. omnes per text. *in Clemen. Exiui, §. Cum enim, de Verbor. ſignific.* ibi; *Quia igitur in ſucceſsionibus tranſit non ſolùm vſus rei, ſed etiam dominium ſuo tempore in hæredes; Fratres autem prædicti nihil ſibi in ſpeciali acquirere, vel eorum Ordini poſſunt, etiam in communi, declarando dicimus, quòd ſucceſsionum hujuſmodi, quæ etiam ex ſua natura indifferenter ad pecuniam, & etiam ad alia mobilia, & immobilia ſe extendunt, conſiderata ſui puritate voti, nullatenus ſunt capaces.*

Vnde neque per fideicõmiſſum vniuer- 107
ſale poteſt dictis monaſterijs hæreditas relinqui, vt bene Barth. *in tract. Minoricarum, lib. 1. diſt. 2. c. 1.* Bald. *in Auth. Ingreſsi, n 49. C. de Sacroſ. Eccleſ.* Iaſon. *in l. 1. n. 99 ff. de Leg. 1.* Anchar. *in d. Clement. Exiui, n. 8.* Em. Roder. *QQ. regul. tom. 2 q. 78 art. 2.* & relatis alijs Sãch. *tom 2. in Decal. lib. 7. c. 25. n. 5* Ratio patet, quia fideicõmiſſarius vniuerſalis ſubit locũ hæredis, itaut hæreditate ipſi reſtituta, fiat hæres vtiliter, & in effectu, trãſeũtibus in eũ defũcti juribus, & actionibus vtilibus, vt eſt notiſsimũ, & à nobis traditũ

diſp. præced. ſect. 8. §. 1. *num.* 1140. Fratres autem Minores, & eorum monaſteria cùm dominium habere nequeant, talium iurium, & actionum ſunt incapaces; & ſic nec directè, nec indirectè, ſeu fideicommiſſariè, hæredes eſſe poſſunt. Credunt autem nonnulli poſt Barthol. *d. diſt.* 2. *cap.* 3. *num.* 15. Si dicti Minores inſtituantur cum clauſula, *Vt ſi non valeat iure teſtamenti, valeat iure codicilli, vel meliori modo quo poſsit*, talem inſtitutionem eſſe validam, ex generali regula, quòd quando teſtamentum eſt nullum ratione teſtamenti, illa clauſula operatur, vt valeat iure fideicommiſsi; eoquod per illam cenſentur rogati hæredes ab inteſtato reſtituere hæredi ſcripto. At meritò id reprobant Iaſ. Emman. Rodrig. & Sanch. *vbi ſup.* Quia illa clauſula non operatur, vt teſtamentum aliàs nullum valeat vt fideicommiſſum particulare, ſed vt fideicommiſſum vniuerſale, ſi hæres ſcriptus illius ſit capax; Minores autem ſunt incapaces illius, vt probatum eſt.

108 Adhæc, ſi de facto inſtitutum fuerit monaſterium Minorum, vel aliquis eorum, nullo ſubſtituto, vel cohærede illi dato, erit teſtamentum irritum, ob incapacitatem hæredis ſcripti, & conſequenter hæreditas pertinebit ad hæredes ab inteſtato, vt per *l. Si in metallum, ff. de His quæ pro non ſcript. & l.* 1. *Cod. de Hæred. inſtit. & l. Nec enim, ff. de Re milit.* Si autem ſubſtitutus vel cohæres illi datus ſit, valebit teſtamentum, ſubſtituto, vel cohærede adeunte; ſecùs autem his non adeuntibus, *l.* 1. *in princip. verſ. His itaque, Cod. de Caduc. tol.* & ita relatis pluris docet Sanchez *ſup. numer.* 6. qui rectè addit, hoc procedere ſecundùm jus commmune, non autem ſecundùm jus Caſtellæ, hoc enim attento, ſolùm eſſe teſtamentum nullum quoad inſtitutionem illius hæredis, quoad reliqua verò validum: quod etiam aduertit Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 154. *ad finem.*

109 Circa hoc tamen dubitatur primò: vtrùm dicti hæredes ab inteſtato, vel ſubſtitutus, aut cohæres, ad quos dicta hæreditas peruenerit, teneantur in foro conſcientiæ æſtimationem illius ſoluere dictis Minoribus nulliter inſtitutis? Reſpondent aliqui affirmatiuè, niſi præmiſſâ diligentiâ conſtet teſtatorem voluiſſe, vt ſuum teſtamentum valeret iure directo, idest, vt teſtamentum, non autem iure codicilli, vel meliori modo, quo poſſet. Ita Barthol. *Tract. Minoricarum, lib.* 1. *diſt.* 1. *cap.* 3. *num.* 7. & 8. & *diſt.* 2. *c.* 3. *num.* 15. vbi dicit, ita ſenſiſſe multos DD. Theologos, Anchar. *in reg. Poſſeſſor malæ fidei, num.* 19. *de Reg. iur. in* 6. Silu. *verb. Teſtamentum,* 1. *q.* 6. Roſella *verb. Legare, num.* 23. & Emman. Rodrig. *QQ. regular. tom.* 3. *q.* 46. *art.* 10. Mouentur per *l. Apud Iulianum, §. fin. & l. ſeq. ff. de Legat.* 1. vbi quando quis eſt incapax capiendi ſibi relicta, non ex proprio delicto, ſed ob perſonæ conditionem, obligatur illi hæres ad æſtimationem. Quod fundatur in voluntate defuncti, qui niſi aliud declaret, præſumitur velle, vt ſua diſpoſitio valeat meliori modo quo poſſit. Cæterùm Barthol. *d. diſt.* 1. *cap.* 3. *num.* 8. & Roſella *d. num.* 23. id limitant in ſubſtituto, vt ſcilicet non teneatur ad illam reſtitutionem, quòd voluntas teſtatoris dantis ſubſtitutum ea eſſe præſumatur, vt inſtituto non adeunte, eoquod non vult, aut non poteſt, ipſe ſubſtitutus admittatur, vt per *l. Cum proponas, Cod. de Hæred. inſt.*

Contrariam tamen ſententiam, non ſolùm quoad ſubſtitutum, ſed etiam quoad 110
hæredes ab inteſtato, & cohæredem, quod non teneantur dictam æſtimationẽ ſoluere Minoribus inſtitutis, tenent meritò Baldus *in Auth. Ingreſsi, in noua edit. num.* 48. & 49. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Cardinal. *conſil.* 101. *num.* 2. *lib.* 2. & *in Clem. Exiui, numer.* 11. *q.* 2. & ibi Anchar. *numer.* 8. *de Verb. ſignif.* Gualdenſ. *de Arte teſtan. tit.* 1. *cautela* 11. *num.* 1. Queſſada *in QQ. iuris cap.* 22. *num.* 16. Duenas *reg.* 381. *ampliat.* 5. *numer.* 5. Spino *in Speculo teſtam. Gloſ.* 12. *principali, num.* 15. & *ſeq.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 2. *num.* 79. Sorb. *in Compend. priuileg. mendic. verb. Hæreditas, in annotat. verſ. Sed quibuſdam,*

&

& alij quos refert, & ſequitur Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 25. numer.* 8. vbi cum Emman. Rodrig. addit, nec officio judicis poſſe peti hæreditatem Fratribus Minoribus relictam. Probatur primò, quia inſtitutio horum Fratrum, & monaſterij illorum, tam directa, quàm indirecta, & in ratione codicilli, eſt ſimpliciter nulla, vt conſtat ex dictis *num.* 107. quod autem eſt nullum, nullum producit effectum, etiam in foro conſcientiæ. Secundò, quia *in d. Clem. Exiui*, dicitur, hos Fratres, & eorum Ordinem nullatenus eſſe capaces ſucceſsionis hæreditariæ: vbi illa dictio, *Nullatenus*, excludit omnem modum perueniendi ad talem ſucceſsionem: ea enim eſt vis illius dictionis, vt omnem tollat modum perueniendi ad rem prohibitam, vt bene Gloſ. *in Clem. 2. verb. Nullo modo, de Ætate, & qualit.* & ibi Imola *num.* 19. *&* 33. Abbas *in cap. Non magnopere, numer.* 5. *Ne clerici, vel monachi*, & Nauar. *in Summa cap.* 27. *num.* 201. Vnus autem modus percipiendi ſucceſsionem, eſt recipere ejus æſtimationem, argum. *l. Si domus, §. Confitetur, ff. de Leg.* 3. Tertiò denique quia hac in re non eſt aliud judicandum in foro conſcientiæ, atque in externo, cùm hæc fora non diſcrepent inter ſe in judicando, quando externum nulla falſa præſumptione nititur, vt probat Sanch. *tom. 1. in Decal. lib. 1. cap. 10. num.* 18. In preſenti autem forum externum judicabit non deberi dictam æſtimationem, innitens veræ incapacitati illorum Fratrum inductæ per legem juſtam, & in vtroque foro validam.

111 Ad fundamentum prioris ſententiæ reſpondetur, tunc hæredi incapaci, non ex proprio delicto, deberi æſtimationem, quando ille non eſt omnino incapax, vt ſunt Fratres Minores, & illorũ monaſteria. Quod confirmari poteſt exemplo ſpuriorum, qui ſi à patre inſtituantur, nõ ſolùm ipſa hæreditas, ſed nec ejus æſtimatio illis reddi poteſt, eoquod ſunt omnino incapaces ſuccedendi in bonis paternis.

112 Hinc optimè deducit Sanch. *d. lib. 7. in Decal. cap. 25. num.* 9. cum Sorbo, & Emman. Rodrig. quod volentibus hæredibus prædictam æſtimationem ſoluere, vt verè dictis Fratribus debitam, non poſſunt ipſi Fratres illam capere, cùm verè debita non ſit, & conſequenter ſolutio illa non ſit voluntaria, vtpote ex errore circa cauſam finalem, & principalem procedens.

Dubitatur ſecundò: quid dicendum, ſi Fratres Minores inſtituantur hæredes, adjectâ clauſulâ, *Vt hæreditas vendatur, & pretium cedat in eis neceſſaria?* Aliqui ſentiunt hanc inſtitutionem non valere quoad priorem partem, cùm ſit perſonarum incapacium; valere autem quoad poſteriorem, vt ſcilicet vendi debeat hæreditas, & pretium in Fratrum neceſsitates conuerti. Ita Barthol. *tract. Minoric. lib. 5. diſt. 5. cap. 2. num.* 30. *&* 31. Imol. *in l. Lucius, vltim. num. 4. ff. de Hæred. inſtit.* Guido Papę *deciſ.* 327. *num.* 1. *&* 2. qui ait, ſe vidiſſe ſemper ita obſeruari, & ita judicari in curia Parlamenti Delphin. Sorbus *in Compend. priuileg. mendic. verb. Hæreditas, in ſuis annot. verſ. Quæritur enim num poſsint*, Emman. Rodrig. *QQ. regul. tom. 2. q. 78. art.* 4. Probatur, quia ſi teſtator omiſſa priori parte illius diſpoſitionis ſolùm ſcripſiſſet poſteriorem, ea eſſet valida, vt præter Sorbum, & Emman. Rodrig. docent etiam, & bene Cardin. *in d. Clem. Exiui, numer. 11. q.* 2. Anton. Gabr. *tom. 3. Commun opin. concluſ. 1. num.* 4. Cordub. *in Reg. D. Franciſci, cap. 6. q. 11. puncto* 3. Leſsius *lib. 2. de Iuſt. cap. 19. dub.* 5. *num.* 54. & Sanch. *lib. 7. in Decal. cap. 25. num.* 12. ex quo apparet concurrere in præfata diſpoſitione duo teſtatoris præcepta mutuò ſeparabilia, prius inutile, & poſterius vtile: in tali autem concurſu non vitiatur vtile per inutile, argum. *l. Hæc ſcriptura, ff. de Condit. & dem. & l. Quæ ſub conditione quæ extrinſecus, ff. de Condit. inſtit.* 113

Nihilominus diſpoſitionem illam, etiam quoad poſteriorem partem, eſſe nullam probabiliùs tenent Bald. *in Auth. Ingreſsi, in nou. edit. numer.* 50. *& ſeqq.* 114

Cod. de Sacroſ. Eccleſ. Cardin. *conſil* 102. *num.* 2. *dub.* 2. *& in d. Clem. Exiui, num.* 11. *q.* 2. & ibi Anchar. *num.* 4. *q.* 1. Felin. *cap. In præſentia, num.* 52. *de Probat.* & ibi Decius *in noua edit. num.* 269. Additionator ad Guidonem Pape *deciſ.* 327. *fine*, Gualdenſis *de Arte teſtandi, tit.* 1. *cautela* 11. *num.* 1. Anton. Gabr. *d. concluſ.* 1. *num.* 1. 3. *&* 4. Dueñas *reg.* 381. *ampliat.* 8. *num.* 8. Corduba *loc. ſup. cit.* & alij, quos citat, & ſequitur Sanch. *cap.* 25. *num.* 11. Probatur primò, quia illa clauſula, quòd *Hæreditas vendatur, & pretium expendatur in neceſsitates Fratrum*, eſt quoddam onus hæreditarium impoſitum ipſis Fratribus vt hæredibus, poſt aditam & acquiſitam hæreditatem: vnde cùm hæredes eſſe non poſsint, vanum eſt ipſum onus; & conſequenter nemo obligatur illud implere. Secundò quia licèt in illa diſpoſitione ſint duo præcepta, poſterius adjicitur vt modus acceſſorius priori; ſublato autem principali, corruit acceſſorium, argum. *l. Alimenta, §. Seia, ff. de Aliment. legat.* Tertiò denique quia ille vſus pius hæreditatis dictis Fratribus relictæ tacitè intelligitur, etiamſi non exprimatur, ſed eo non expreſſo eſſet inſtitutio prorſus irrita, ita vt nullam induceret obligationem vendendi illam, & conuertendi pretium in dictum vſum, vt probauimus *numer.* 110. Ergo ſimiliter eſt irrita, quando talis vſus exprimitur; cùm expreſsio ejus quod tacitè ineſt, nihil operetur, *l.* 3. *ff de Leg.* 1. *cap. Significaſti, de Elect.* Ex quibus, ac præſertim ex ſecunda probatione corruit fundamentum contrariæ ſententiæ.

115 Dubitatur tertiò: vtrùm Eccleſia Fratrum Minorum poſsit hæres inſtitui? Affirmant Barthol. *d. tract. Minoric. lib.* 4. *diſt.* 4. *cap.* 1. *num.* 20. *& in l. Ciuitatibus*, 125. *in princip. numer.* 1. *&* 3. *ff de Leg.* 1. Abbas *conſil* 63. *numer.* 4. *lib.* 2. Anton. Cucus, *lib.* 3. *Inſtit. Maior. tit.* 1. *num.* 37. Emman. Rodrig. *QQ. regul. tom.* 2. *q.* 78. *art.* 5. & dicens eſſe ſatis probabile Sorbus *in Compend. priuileg. Mendic. verb. Hæreditas, in ſuis annot. verſ. Sed cum fratres.* Mouentur, quia Eccleſia Minorum de jure eſt ſub dominio, & proprietate Eccleſiæ Romanæ, vt habetur *in d. Clem. Exiui, de Verb. ſignif.* & ſic perinde poteſt inſtitui hæres, atque ipſa Romana Eccleſia, quæ nullo jure prohibetur acquirere hæreditatem ſibi relictam; ſiue immediatè, ſiue mediante alia Eccleſia ſibi ſubjecta, & immediatè inſtituta. Atque idem ſentit Barthol. de inſtitutione, qua inſtitueretur altare Fratrum Minorum, vel Guardianus Eccleſiæ, vel altaris Fratrum Minorum; cùm perinde ſit, atque ſi inſtitueretur Eccleſia Minorum.

116 Verùm nec Eccleſiam illorum Fratrum poſſe validè inſtitui, probabilius tenent Barthol. ſe expreſsè retractans *in l. vnica, in fine, Cod. de Conductorib. lib.* 11. & ibi Platea *fine*, & Rebuf. *num.* 4. Baldus *in Auth. Ingreſsi, in noua edit. numer.* 35. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* vbi dicit priorem ſententiam eſſe falſam, Anchar. *in d. Clem.* Exiui, *numer.* 6. *&* 7. Queſſada plures referens *in ſuis QQ. juris, cap.* 22. *num.* 19. Angel. *in Auth. De Eccleſiaſt. tit. §. Siquis autem*, 2. *num.* 8. *& Auth. Vt determinatus ſit numerus, in princip. numer.* 5. Anton. Gabr. *tom.* 3. *Commun. opin. tit. de Hæred. inſtit. concluſ.* 1. *num.* 2. Corduba *in regula D. Franciſci, cap.* 16. *q.* 11. *punct.* 1. Sorbus *vbi ſup.* & Sanch. plures referens *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 25. *num.* 14. Probatur, quia Eccleſia Fratrum Minorum eſt veluti pars monaſterij ipſorum Fratrũ, cui illa adhæret, & cum quo ſimul quoad proprietatem ad Eccleſiam Romanam ſpectat, ſolo illius vſu ipſis Fratribus conceſſo. Ergo quemadmodum ipſum monaſterium inſtitui nequit, ſic etiam illa inſtitutionis eſt incapax: & idem ob eandem rationem dicendum de altari Minorum, & de Guardiano Eccleſię, vel altaris Minorum, vt benè Bald. Anchar. & Sanch. *loco citat.*

117 Nec obſtat, quòd Romana Eccleſia eſt capax acquirendi hæreditatem, tam immediatè, quàm mediante alio ſibi relictam: nam cum hoc ſtat, quòd vt acquirat

rat mediante alio, opus eſt vt medium ſit aptum, & capax; quale non eſt monaſterium, nec Eccleſia Minorum. Quod inde rectè declaratur, & confirmatur: nam propterea Eccleſiæ Romanæ acquiritur legatum Fratribus Minoribus relictum, quia illi ſunt capaces talis legati: vnde benè à contrario colligitur, non acquiri Eccleſiæ Romanæ hæreditatem Eccleſiæ Minorum relictam, ſi hæc talis hęreditatis eſt incapax. Atque ex his etiam conſtat nec per fideicommiſſum, vel aliam ſubſtitutionem, poſſe Eccleſiæ Minorũ validè relinqui hæreditatem, ſicut de monaſterio ipſorum Minorum *ſup. n.* 107. dictum eſt, & notat Sorbus, & Sanch. *vbi ſup.*

118 Dubitatur quartò, vtrùm ſi Fratres Minores inſtituantur cum onere, vt hæreditatem reſtituant cuidam tertio, cogantur, aut poſsint adire, ut illam reſtituant? Reſpondent negatiuè Bald. *in l. Eam quam, numer.* 18 Queſlada *in ſuis QQ. juris cap.* 22. *num.* 17. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 2. *num.* 79. vbi plures refert, Corduba *in Reg. D. Franciſci, c.* 6. *q.* 11. *puncto* 2. & Sanch. *d. cap.* 25. *numer.* 15. & meritò, quia Fratres Minores habentur pro mortuis pluſquam ciuiliter, cùm etiam in communi ſint incapaces dominij, & omnia, quæ in jure conſiſtunt, ſint illis interdicta. Vnde eorum inſtitutio eſt ab initio pro non ſcripta, perinde acſi eſſet hominis mortui, *ad l. vnic. §. Et cum triplici, Cod. de Caduc. tol.* Quod ſi in contrarium opponas text. *in l. Cogi, §. Hi qui ſolidum, ff. Ad Trebel.* ibi; *Si qui ſolidum capere non poßunt, ex aße hæredes inſtituti, & rogati ſolidum reſtituere, adire hæreditatem, & reſtituere cogentur; cùm nil ſit oneris apud eos remanſurum.* Reſpondetur facilè, hunc textum non procedere de omnino incapacibus, ſed de incapacibus capiendi totam ſubſtantiam defuncti, vt de filijs naturalibus, quibus, ſi extant legitimi, ſolũ poteſt pater relinquere vnciam, *l.* 2. *Cod. de Naturalib. liber.* Fratres autem Minores non ſolùm totius hæreditatis, ſed etiam cujuſcumque partis illius ſunt incapaces.

Circa omnia verò prædicta pro ſecunda conclusione ſupra tradita aduerte, licèt prædicti Fratres, & eorum monaſteria nequeant inſtitui hęredes, attamen bene poſſe eis legari, vt conſtat per text. expreſſum *in cap. Exiji, §. Adhæc, quia Fratribus, de Verb. ſignif. in* 6. Nec obſtat text. *in §. Legari, Inſt. de Legat.* vbi ei tantùm legari permittitur, qui hæres inſtitui poteſt. Nam hic textus continet regulam, à qua merito excipitur Religio illorum Fratrum, ob ſpecialiſsimam ſuæ paupertatis perfectionem, à qua magis alienum viſum fuit poſſe inſtitui hæredes, qui ſuccedere debent in omnia defuncti jura, quàm poſſe capere legatum, cùm id nihil aliud ſit, quàm quędam donatio à defuncto relicta per hæredem pręſtanda, *§. Legatum, Inſtit. de Legat.* à qua non oportuit dictos Fratres excludere, qui donationibus, & largitionibus fidelium alendi ſunt. 119

Unde ſingulis etiam Fratribus poteſt legatum relinqui, vt optimè, relatis pluribus, docet, ac probat Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 26. *num.* 10. & conſtat ſatis *ex Extranag.* 1. *verſ. Porro ſepulturam, de Priuileg.* ibi; *De quibuſcumque verò relictis præfatis Fratribus in communi, vel ſingulis, vltimis decedẽtium voluntatibus.* Quantum autem, & cum quibus moderationibus, & conditionibus legari poſſit his Fratribus, & eorum monaſterijs, & quouſque illi poſsint recipere, & retinere; multas continet quæſtiones, & difficultates, quæ non ſunt hujus loci, illas congerit ac latè poſt alios inſtar omnium pertractat Sanch. *d. cap.* 26. *per tot.* quem vbi occaſio poſtulauerit, omnino conſulas. 120

Tertia concluſio: Nouitij cujuſcumque Ordinis, etiam Minorum, poſſunt hæredes inſtitui. Ita omnes: & patet, quia licèt Nouitij ſeruare incipiant inſtitutum ſui Ordinis; attamen in nullo Ordine etiam Minorum redditur quis incapax dominij, & hæreditatis adeundæ, ac ſibi acquirendæ, niſi per ſolemnem profeſsionem, qua ſtrictam paupertatem profitetur. 121

Digitized by Google

tur. Et ita loquendo de Nouitijs Minorum tradunt Barth. *tract. Minoric. lib. 4. diſt.* 1. *cap.* 3. *num.* 3. Corduba *in Reg. D. Franciſci, cap.* 6. *q.* 11. *puncto* 1. & Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 25. *num.* 3.

122 Quarta concluſio: quilibet particulares Religioſi, quorum Conuentus ſunt capaces habendi dominium in communi, poſſunt inſtitui hæredes, exceptis Profeſſis, & Coadjutoribus formatis Societatis Ieſv. Hæc concluſio quoad Religioſos, quorum bona ſimul cum eorum perſona per profeſſionem tranſeunt in Religionem, ſi de illis ante profeſſionem non diſpoſuerunt, apud omnes eſt indubitata: & conſtat facilè ex *l. fin. §. Hoc etiam, Cod. de Epiſcop. & cleric.* vbi decernitur hujuſmodi Religioſos retinere jus ſuccedendi ſuis parentibus ex teſtamento, vel ab inteſtato, neque ab eis ob ingreſſum in Religionem exhæredari poſſe. Unde colligitur etiam cujuſcumque alterius ſucceſſionis hæreditariæ capaces eſſe, & à quocumque inſtitui poſſe. Nam ſi eorum paupertati non repugnat ſucceſſio parentum, nulla etiam alia repugnat; eadem enim eſt ratio de quocumque. Quod autem in præfato textu ſermo ſit de Religioſis, quorum bona per eorum ingreſſum, ſeu profeſſionem, in Religionem tranſeunt, conſtat apertè ex *§. ſeq.* vbi id expreſsè declaratur.

123 Quoad Religioſos capaces habendi dominium in communi, quorum tamen bona abſque prævia eorum ante profeſſionem diſpoſitione in Religionem non tranſeunt, licèt concluſio non ſit adeo manifeſta, inde tamen facilè conſtat; quia quilibet talium Religioſorum poteſt per ſe loquendo acquirere Religioni quæcumque bona, & jura, quorum illa eſt capax, ſi ipſi Religioſo in particulari offerantur, vel donentur; licèt enim paupertati Religioſæ repugnet ſibi acquirere, nõ tamen acquirere Religioni, quæ illa habere poteſt, vt eſt notiſſimum. Atque Religio, ſeu communitas talium Religioſorum eſt capax ſucceſſionis hæreditariæ, & poteſt inſtitui hæres, vt conſtat ex prima concluſione: ergo quilibet Religioſus talis communitatis illi poteſt talem ſucceſſionem acquirere, atque adeo inſtitui hæres, ex cujus perſona hæreditas acquiratur. Atque ita planè ſentiunt Doctores qui vniuerſim dicunt poſſe quemlibet particularem Religioſum inſtitui hæredem, niſi ſit Ordinis Minorum, vel (vt aliqui addunt) Profeſſus, aut Coadjutor formatus noſtræ Societatis. Ita Iaſon *in Auth. Ingreſſi, num.* 18. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Bertrand. *conſil.* 206. *num.* 5. *& conſil.* 73. *num.* 2. *fine, vol.* 3. *in poſteriori parte* Nauar. *Commentar.* 2. *num.* 43. *de Regular.* Iul. Clar. dicens neminem de hoc dubitare, *lib.* 3. *Receptar. §. Teſtamentum, q.* 29. *fine,* Molina *diſp.* 140. *verſ. Non ſolum bona, & diſp.* 154. *verſ. Priuati,* Emman. Rodrig. *QQ. regular. tom.* 2. *q.* 77. *art.* 1. & Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 25. *num.* 1. Quæ reſolutio procedit ſpectato jure communi: de particularibus namque Statutis, vel Conſtitutionibus cujuſque Religionis mihi nõ conſtat.

Quòd autem excipiendi ſint Profeſſi, 124
& Coadjutores formati Societatis, vt ſcilicet nequeant hæredes inſtitui, tenent Molina *d. diſp.* 154. *verſ. Priuati,* Palaus *p.* 3. *tract.* 16. *diſp.* 5. *puncto* 10. *num.* 1. & Sanch. *d. l.* 7. *cap.* 27. *num.* 24. qui notat hos Religioſos eſſe omnino incapaces hæreditariæ ſucceſſionis tam ex teſtamento quàm ab inteſtato, quòd ea fuerit mens Pontificũ, qui Societatis inſtitutũ confirmarunt, *quia,* inquit, *vtuntur ijſdem verbis, quibus in Clem. Exiui, verſ. Cum enim, de Verb. ſignif. Fratres Minores incapaces redduntur hæreditariæ ſucceſſionis:* certiùm ego nullibi talia verba in Bullis Pontificum reperio, niſi tantùm pro Coadjutoribus formatis in Bulla Gregorij XIII. quæ incipit *Aſcendente domino,* vbi, qui formati fuerint, certum in Societate gradum habent, ſuntque omnis hæreditariæ ſucceſſionis incapaces: vnde ſolùm ex conjectura deducta à minùs perfecto ad magis perfectum intelligitur idem pro Profeſſis à Pontifice conſtitui. Meliorem ergo textum pro

hac

hac re habemus in Conſtitutionibus ejuſdem Societ. *p. 6. cap. 2. num.* 12. ibi; *Non ſolum particulares, vel Coadjutores formati hæreditariæ ſucceſsionis non erunt capaces; verùm nec Domus, nec Eccleſiæ, nec Collegia eorum ratione.* Ubi planè tam Profeſsi, quàm Coadjutores prædicti non minùs redduntur incapaces ſucceſsionis hæreditariæ, quàm Fratres Minores. Quare ſicut ſupra dictum eſt non valere inſtitutionem Fratrum Minorum, nec deberi æſtimationem in foro conſcientiæ, etiam ſi inſtitutio facta ſit cum clauſula, *Vt vendant hæreditatem*, & pertinere tunc hęreditatem ad ſubſtitutum, vel cohæredem, vel ad hæredes ab inteſtato; ita pariter dicendum eſt, ſi Profeſſus, vel Coadjutor formatus Societatis inſtituatur, vt bene aduertit Sanch. *vbi ſup.* & ſatis à paritate rationis liquet.

125 Bene tamen dictis Profeſsis, & Coadjutoribus formatis legari poteſt, ſicut Domibus Profeſsis ejuſdem Societatis, vt apud omnes eſt indubitatum, & notat Sanch. *ſup. numer.* 25. ſolùm enim illis interdicitur hæreditaria ſucceſsio, quemadmodum Fratribus Minoribus, de quibus ſupra dictum eſt. Legatum autem illis relictum acquiritur Domo; vel Collegio vbi habitant, ſicut alia ipſis data; ex illa generali regula, quòd monachus quidquid acquirit ſuo monaſterio acquirit. Quouſquè autem, & cum quibus conditionibus legari poſsit his Religioſis, vel Domibus Profeſsis Societatis, & quod jus ipſis Domibus ex legatis acquiratur, videri poteſt apud Sanch. *d. cap.* 27. *num.* 27. & apud Suar. *tom.* 4. *de Relig. in tract. de Inſtituto Societ. lib.* 4. *cap.* 9.

SECTIO III.

De ijs qui neceſſariò inſtituendi ſunt hæredes.

SUMMARIUM.

Recenſentur varia perſonarum genera, quæ in præſentem conſiderationem veniunt; num. 126.

Aliud eſt debere neceſſariò inſtitui hæredem; aliud eſſe hæredem neceſſarium. Et quis hæres neceſſarius dicatur? numer. 127.

Sequitur dicendum de tertio perſonarum genere initio diſputationis propoſito, ideſt, de ijs, quos teſtator inſtituere tenetur; ſub quo genere continentur in primis filij legitimi: deinde nepotes, & alij deſcendentes, etiam legitimi, quando in primo gradu ſucceſsionis reperiuntur: tertiò, filij legitimi: quartò, naturales, quando inſtar legitimorum ad ſucceſsionem parentum admittuntur: quintò, filij legitimi non naturales, vt adoptiui, & arrogati: ſextò, pater, & mater, & alij aſcendentes: ſeptimò, patronus reſpectu liberti. Hi enim omnes neceſſariò ſunt inſtituendi, excepto caſu legitimæ exhæredationis, & alijs quibuſdam, de quibus infra, §. 5. alioquin erit teſtamentum nullum, vel per querelam inofficioſi annullandum. Quare de his omnibus in præſenti dicendum eſt: vbi etiam conſequenter agemus de cauſis, ex quibus poſſunt exhæredari. 126

Hìc autem aduerte, aliud eſſe debere aliquem neceſſario inſtitui hæredem; aliud eſſe hæredem neceſſarium: nam hæres neceſſarius dicitur ille, qui velit, nolit, hęres efficitur; qualis hodie eſt ſolus ſeruus teſtatoris ab eo inſtitutus: is enim mortuo teſtatore libertatem ſtatim conſequitur, & fit hæres neceſſariò, itaut ab hæreditate, & ejus oneribus liberari non poſsit, §. 1. *Inſtit. de Hæred. qualit.* Olim autem etiam liberi jus Suitatis habentes, fiebant hæredes neceſſariò vt habetur §. *Sui, Inſtit. eod. tit.* ſiue enim vellent ſiue nollent, tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento hæredes fiebant, nec poterant liberari ab oneribus hæreditarijs: hodie verò licet neceſſariò fiant hæredes, vbi pater moritur; tamen ex indulgentia juris Prætorij, poſſunt ab hęreditate abſtinere, & ab omnibus ejus oneribus liberari, §. *Vnde etiam, Inſt. de Hæred. qualit.* 127

Ita-

Digitized by Google

Itaque præter ſeruos à dominis inſtitutos nullus hodie eſt hæres omnino neceſſarius: multi autem ſunt, quos teſtator neceſſariò inſtituit hæredes, & de his tantùm nobis inpræſentiarum eſt ſermo.

§. 1. *Quouſque oporteat filios tempore teſtamenti jam natos hæredes à parentibus inſtitui?*

SUMMARIUM.

Tam pater, quàm mater teſtamentũ condens tenetur regulariter inſtituere omnes ſuos filios legitimos jam natos in portione legitima illis debita, aut in aliqua ſaltem illius parte. Alioqui teſtamentum quoad inſtitutionem hæredum erit nullum, vel annullandum; num. 128 *& ſeqq.*

Non eſt inualidum, nec annullandum teſtamentum in quo filius inſtituitur in aliqua parte legitimæ ſibi debitæ, quãuis ſit minima, vt in vno nummo: debetur tamen tali filio ſupplementũ, poteſtque ad illud agere; quæ actio ad ejus hæredes tranſmittitur. Ea tamen ceſſabit, ſi illi fuerint relicta legata, vel fideicommiſſa ad complendam legitimam ſufficientia; num. 130.

Si filius in re aliqua inſtitutus non ſit, erit inutile teſtamentum quoad inſtitutionem, etiamſi legato, vel alia ratione, integra legitima, imò plus quàm legitimâ ei relictum ſit; num. 131.

Si pater filium hæredem Suum, ſeu in poteſtate, omnino prætereat, teſtamentum eſt ipſo jure nullum, & filio competit jus dicendi nullum; num. 133. *Si autem illum prætereat inſertâ legitimâ cauſâ, cur eum non inſtituit; an tunc etiam teſtamentum ſit nullum; vel ſolũ competat filio querela inofficioſi? num.* 134 *& ſeqq.*

Si pater filium in poteſtate exhæredet, nõ inſertâ cauſâ, eſt hodie teſtamentum ipſo jure nullum: non ita verò de jure antiquo; num. 139.

Si filius exhæredatus ſit à patre, inſertâ legitimâ cauſâ, teſtamentum eſt validum, poteſt tamen filius agere contra illud, querelâ inofficioſi; numer. 140. *Vtrum licitè poſſit hanc querelam intentare, & ſcriptum hæredem excludere, quando cauſa inſerta eſt vera, & legitima, non potuit autem ab hærede ſcripto probari? num.* 141.

Quæ dicta ſunt circa filium hæredem Suum, ſeu in poteſtate, eodem ferè modo ſe habent in emancipato; quod in particulari declaratur; num. 142. *& ſeqq.*

Filius à matre præteritus, ſiue cum cauſa, ſiue ſine illa, olim habebatur pro exhæredato, & ſolum ei competebat remedium querelæ aduerſus teſtamentum. Et ſimiliter quando à matre exhæredatus erat, ſiue cum cauſa, ſiue ſine cauſa. An hodie per jus nouum aliud in vtroque caſu dicendum ſit? numer. 145. *& ſeq.*

Plurimùm intereſt in prædictis caſibus præteritionis, vel exhæredationis filiorum, teſtamentum eſſe nullum, vel anullandum; & quæ ſit hujus inſpectionis vtilitas? num. 147.

Iam ordiendo à filijs, quos teſtator jam 128
natos habet tempore teſtamenti, capitalis aſſertio ſit. Tam pater, quàm mater teſtamentum condens tenetur regulariter inſtituere omnes ſuos filios legitimos jam natos in portione legitima illis debita, aut in aliqua ſaltem illius parte; alioqui teſtamentum quoad inſtitutionẽ hæredum erit nullum, vel annullandum. Eſt aſſertio certa, & apud omnes indubitata, tum ex alijs juribus, tum maximè *ex Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum,* ibi; *Sancimus, non licere penitus patri, vel matri ſuum filium, vel filiam præterire, vel exhæredes in ſuo facere teſtamento; nec, ſi per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommiſſum, vel alium quemcumque modum eis dederit legibus debitam portionem, niſi fortè probabuntur ingrati,* & infra. *§. Siue igitur omnes,* ibi; *Si autem hæc obſeruata non fuerint nullum exhæredatis liberis præjudicium generari, ſed quantum ad*

ad hæredum inſtitutionem pertinet, teſtamento euacuato, ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab inteſtato ex æqua parte peruenire.

129 Appoſita verò eſt in præfata aſſertione particula, *regulariter*, quia nonnulli ſunt caſus, in quibus non oportet filios, neque alios deſcendentes inſtitui, quos caſus *infra* §. 5. aſsignabimus, & explicabimus; maximè vero caſum legitimæ exhæredationis, qua interueniente, rectè filius ab hæreditate excluditur, nec teſtamentum vlla ex parte vitiatur.

130 Dictum præterea eſt, debere filios inſtitui in aliqua ſaltem parte legitimæ portionis illis debitâ. Quia vt teſtamentum valeat, nec annullari poſsit, non oportet filium inſtitui in tota legitima, ſed ſatis eſt, quòd inſtituatur in aliqua ejus parte, etiam minima, vt in vno nummo, vt conſtat per text. *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Hæc autem, verſ. Cæterùm,* ibi; *Teſtamentum quidem nullatenus ſolui præcipimus: quidquid autem minus ei, quàm legitima portio, relictum eſt, hoc ſecundùm noſtras leges ab hæredibus impleri; ſola enim eſt noſtræ Serenitatis intentio, à parentibus, & liberis injuriam præteritionis, & exhæredationis auferre.* Et ita docent Rojas *in Epit. ſucceſsion. cap.* 8. *num.* 16. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. reſol. cap.* 11. *num.* 31. Molina *tom.* 1. *de Iuſtitia diſp.* 175. *num.* 1. *& diſp.* 177. *in princip.* Mantica *de Conject. vlt. vol. lib.* 4. *tit.* 3. *numer.* 26. *& ſeq.* & cæteri omnes. Additque bene cum multis alijs Mantica, hoc procedere, etiam ſi filius inſtitutus in minori parte, quàm ſit legitima, prohibitus fuerit à teſtatore plus petere. Adhuc enim valet inſtitutio, & tali filio debetur legitimæ ſupplementum, poteſtque ad illud agere, vt per text. *in d. verſ. Cæterùm,* & alios: quæ actio ad hæredes ipſius filij tranſmittitur, etiam extraneos, tametſi filius deceſſerit poſt quinquennium, neque vnquam agnouerit, vt cum Baldo Corn. & alijs tradit Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *numer.* 10. ceſſabit autem illa actio, ſi filio in minore parte inſtituto relinquantur legata, vel fideicommiſſa ad complendam legitimam ſufficientia; nam quæ ad illum ex inſtitutione, & alijs relictis peruenerint, in legitimam computantur, vt rectè aduertit Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, cap.* 12. *paulò poſt princip.*

Cæterùm ſi filius in re aliqua inſtitutus non ſit, quamuis ei legato, donatione, vel fideicommiſſo integra legitima, imò pluſquam legitimâ, relinquatur, teſtamentum quoad hæredis inſtitutionem erit vitioſum, & inutile, *d. §. Aliud quoque capitulum, Auth. Vt cum de appellat.* Cujus diſpoſitionis ratio eſt, quia honorabilior, & vtilior eſt titulus inſtitutionis quàm legati, vel fideicommiſsi, vt notant communiter DD. *per l. fin. §. Sed etiam ſi portio,* vbi Gloſ. *ff. de Legat. præſtan.* & videri poteſt apud Menchac. *de Succeſſ. creat. lib.* 1. *§.* 10. *ſub numer.* 194. & Rojas *dict. cap.* 8. *numer.* 18. *& ſeq.* qui plures vtilitates inſtitutionis aſſignant. 131

Additum denique eſt, quod alioqui erit teſtamentum nullum, vel annullandum. Id verò vt explicetur, diſtinguendum eſt inter filios reſpectu patris, & reſpectu matris: deinde reſpectu patris, diſtinguendum vlteriùs inter filios hæredes Suos, ſeu qui erant in poteſtate patris; & emancipatos, vel aliàs à patria poteſtate egreſſos. Notandum præterea, quatuor modis poſſe de facto à patre vel matre omitti in teſtamento inſtitutionem filij: primò, illum omnino prætereundo, idest neque inſtituendo, neque exhæredando, neque vllam de eo in inſtitutione mentionem faciendo: ſecundò, prætereundo illum infertâ cauſâ, cur eum non inſtituit: tertiò, exhæredando illum, nullâ infertâ cauſâ, cur eum exhæredem facit: quartò, exhæredando illum cauſâ infertâ. His præmiſsis. 132

Si pater filium hæredem Suum, ſeu in poteſtate, omnino prætereat in ſuo teſtamento, tale teſtamentum eſt ipſo jure nullum, & filio competit jus dicendi nullum, vt per text. *in l. Inter cætera, ff. de Liber.* 133

& poſth. ibi; *Inter cætera, quæ ad ordinanda teſtamenta neceßariò deſiderantur, principale jus eſt de liberis hæredibus inſtituendis, vel exhæredandis;* *& in l. Gallus per totam, ff. eod. tit. & in l. 1. & per totum tit. ff. de Injuſto rupto, &c. & in §. 1. Inſt. de Exhæredat. liber.* pluraque alia jura, cum quibus concordat Ordinat. Luſit. *lib.* 4. *tit.* 82. §. 1. Atque ita docent omnes; ſolùmque eſt controuerſia, vtrùm tale teſtamentum ſit nullum dependenter à voluntate filij præteriti; ita vt ſi ab eo approbetur, vel non impugnetur, ſuſtineatur tanquam à principio validum? Quam quæſtionem infra §. 4. commodius excutiemus; quia eſt communis ad omnes caſus, in quibus liberi poſſunt dicere teſtamentum nullum ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis injuſtæ. Ratio verò fundamentalis prædictæ nullitatis in caſu propoſito eſt; quia filius in poteſtate ratione Suitatis cenſetur in vita patris eſſe ſimul cum eo dominus bonorum ipſius patris, & poſt ejus mortem immediatè ipſum dominium bonorum ex legis diſpoſitione continuatur in filio, *l. In ſuis, ff. de Liber. & poſth.* Vnde ſi pater in ſuo teſtamento illum prætereat, id non tollit quominus ſtatim à morte patris ſit verè dominus omnium bonorum paternorum; cùm per puram præteritionem, ſecluſa poſitiua exhæredatione, nihil pater ei ademerit, ſed ſolùm non dederit: & conſequenter inſtitutio, qua pater alium inſtituit, ipſo filio præterito, euadit nulla; ſiquidem eſſet de bonis alienis, quod jus non permittit, *l. fin. Cod. de Hæred. inſtit. Auth. Ingreſsi, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.*

134 Si verò pater prætereat filium in poteſtate, insertâ legitimâ cauſâ, cur eum non inſtituit, duplex eſt ſententia. Prima tenet, tale teſtamentum eſſe ipſo jure nullum. Ita Gloſ. *in Auth. de Hæred. & Falcid. §. Exhæredatos, collat.* 1. *verb. Noluit:* Barth. *in l. Filio præterito, n.* 18 *ff. de Injuſto rupto, &c. & in l.* 2. *in fine, ff. Si à parente quis fuerit manumiſ.* Bald. *in Auth. In ſucceſsione, C de Suis, & legitimis, col.* 1. Couar. *in c. Raynutius, in princ. de Teſtam.* Mantic *de Conject. vlt. vol. lib.* 4. *tit.* 13 *n.* 15. Rojas *Epit. ſucceſſ. c.* 4. *n.* 12. & plures alij, eſtque communis ſententia, teſte Salic. *in Auth. Ex cauſa, C. de Liber. præter. col.* 4. Fundamentum eſt, quia inſertio cauſæ, ob quam pater filium non inſtituit, non tollit quominus filius ſit verè præteritus, id eſt, neque inſtitutus, neque exhæredatus: ad valorem autem teſtamenti neceſſariò requiritur, quod filius in poteſtate vel inſtituatur, vel legitimè exhæredetur, vt per *d. l. Inter cætera, ff. de Liber. & poſth. & alia jura ſupra citata:* atq; idem probat ratio pro ſuperiori puncto *n. præced.* adducta. 135

Addunt tamen non pauci hujus ſententiæ Authores, ſi hæres ſcriptus probet cauſam ingratitudinis inſertam in præteritione filij, excludi filium vt ingratum à jure dicendi nullum, ſicut exhæredatus excluderetur à querela inofficioſi teſtamenti. Sic Barth. *in d. Auth. Ex cauſa, col.* 7. *num.* 12. Angel. Peruſin. *in Auth. Licet, Cod. de Liber. præter. in fine* & alij apud Anton. Gom. *tom.* 1. *Var. cap.* 11. *num.* 3. In hoc tamen eſt difficultas; nam ſi teſtamentum eſt ipſo jure nullum, non poteſt hæres ſcriptus virtute illius ſuccedere, neque adire, atque adeo neque filium præteritum excludere, probando ejus ingratitudinem. Aliqui ergo ad hanc difficultatem vitandam dicunt, illud teſtamentum eſſe in pendenti, donec cauſa inſerta ingratitudinis per hæredem probetur, aut pro non probata habeatur; & ſi quidem cauſa probetur, teſtamentum reddi validum, & hæredem ſcriptum admitti; ſi autem non probetur, euadere nullum, & competere filio dictum remediũ dicendi nullum. Ita Curt. jun. *in d. Auth. Ex cauſa, col.* 11. *num.* 39. & hic eſt ſenſus Doctorum proximè cit. At hoc etiam eſt difficile, vt rectè ponderat Anton. Gom. *ſub d. n.* 3. *verſ. Sed iſte intellectus.*

Secunda ſententia eſt, illud teſtamen- 136
tum eſſe validum, & conſequenter filium ita præteritum non habere jus dicendi illud nullum, ſed ſolùm ei competere querelam inofficioſi, ad hoc vt nõ probatâ cauſâ præteritionis, admittatur

ad

ad ſucceſsionem contra tabulas, & teſtamentum annulletur: ſecus verò, ſi cauſa per hæredem ſcriptum probetur. Fundamentum eſt, quia præteritio, appoſitâ legitimâ cauſâ, habetur pro exhæredatione; ſiquidem teſtator apponens cauſam ob quam filium non inſtituit, nihil velle intelligitur, quàm eum ab hæreditate excludere; quod ad exhæredationem inducendam ſufficit, vt probat text. *in l.* 3. *Cod. de Liber.* Teſtamentum autem, quo filius cum inſertione legitimæ cauſæ exhæredatur eſt validum, & ſolùm per querelam inofficioſi annullatur, ſi cauſa illa non probetur, vt eſt notiſsimum.

137 Confirmatur egregiè hæc ſententia ex text. *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Illud quoque capitulum,* vbi æquè admittitur præteritio, atque exhæredatio liberorum, quando legitima cauſa inſerta eſt, vt patet ex illis verbis, ibi; *Sancimus non licere penitus liberos præterire, aut exhæredes in teſtamento facere, niſi fortè probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes in ſuo inſeruerint teſtamento.* Et *in Auth. Non licet, Cod. de Liber. præter,* ibi; *Non licet parenti aliquem ex liberis exhæredare, aut præterire, niſi is probetur ingratus, & ingratitudinis cauſas nominatim inſerat teſtamento.*

138 Idem apertiſsimè colligitur ex *dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Et hæ quidem exhæredationis,* vbi tam præteritionis, quàm exhæredationis pæna filio ingrato imponitur, ſi legitima cauſa ingratitudinis in teſtamento inſerta probetur. Ex quo patet, non minùs validam eſſe in tali caſu pænam præteritionis, quàm exhæredationis, & conſequenter, non minùs valere teſtamentum, quo filius præteritur, quàm quo exhæredatur, ſi dicta cauſa ingratitudinis inſerta ſit. Quare hanc ſententiam longè veriorem cenſeo; & illam relatis pluribus tuetur Anton. Gom. *dict. cap.* 11. *numer.* 3. *poſt med* & Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 175. *verſ. Non dubito, col.* 10.

139 Si autem pater filium in poteſtate exhæredet, non inſertâ cauſâ, olim quidem tale teſtamentum erat validum, quia jus tantùm confidebat de patre, vt præſumeret, quòd niſi juſtam cauſam haberet, filiũ minimè exhæredaſſet; cõſtat hoc ex text. *in l. In ſuis, ff. de Liber. & poſthum.* ibi; *Nec obſtat, quod licet eos exhæredare, quos occidere licebat, & in l.* 1. *& per tot. tit. ff de Inoffic. teſtam. maximè in l.* 9. *§. fin.* item ex text. *in l. Haberi, Cod. eod. tit.* Poſtea de jure minùs antiquo requirebatur, vt pater filium exhæredans diceret in teſtamento illum fuiſſe ingratum, & hæredes ſcripti tenebantur ingratitudinem aliquam probare, vt conſtat ex text. *in dict. l. Omnimodo, Cod. de Inoffic. teſtament.* Hodie verò de jure nouo Authenticorum in *dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Siue igitur,* omnino ad valorem teſtamenti, quoad inſtitutionem, requiritur vt in eo inſeratur aliqua ſaltem ingratitudinis cauſa ex 14. ibidem aſsignatis. Quod etiam eſt de jure Luſit. *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 82. *§.* 1. Atque ita docent omnes, & optimè Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. reſol. cap.* 11. *numer.* 10. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 4. *titul. vltim. numer.* 37.

140 Quando autem filius in poteſtate à patre fuerit exhæredatus, inſertâ legitimâ cauſâ, validum eſt teſtamentum; poteſt tamen filius agere aduerſus illud querelâ inofficioſi; & ſi cauſa non probetur, reddetur nullum, & filius ad ſucceſsionem ab inteſtato admittetur, vt expreſsè habetur *in dict. §. Siue igitur, verſ. Si autem hæc, Auth. Vt cum de appellat.* & conſtat etiam per *l. Omnimodo, verſ. Nam ſi, Cod. de Inoffic. teſtam.* pluraque alia jura, ac per Ordin. Luſit. *d. tit.* 82. *§.* 2. & ita docent Ant. Gom. *vbi ſup.* & veteres fere omnes, teſte Mantica, *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 4. *tit. vltim. num.* 35.

141 Quæres tamen, vtrùm in foro conſcientiæ poſsit filius dictam querelam intentare, & ſcriptum hæredem ab hæreditate excludere, quando cauſa, ob quam fuit exhæredatus, eſt vera & legitima, atque in teſtamento inſerta, non tamen

potuit probari. Reſpondeo affirmatiuè cum Molina *d. diſp.* 175. *§. Dubium eſt, col.* 12. quia *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siue igitur,* ad filium excludendũ per viam exhæredationis, vel præteritionis, duo copulatiuè poſtulantur, & quòd cauſa legitima in teſtamento inſerta ſit, & quòd ſit probata, vt apertè apparet in ipſo textu, & notat etiam Mantica *d. tit. vltim. num. 57. verſ. Secundo communis.* Illud autem aduerte, hoc procedere, niſi filius per vim, aut mendacia, vel falſos teſtes probationem cauſæ impediat; tunc enim manifeſtam committet injuſtitiam aduerſus hæredem, qui jus habet ad tuendam inſtitutionem ſibi legitimè factam, oſtendendo veram eſſe cauſam exhæredatione filij: qui autem per injuſtitiam jus alterius impedit, ad illud planè reſarciendum ex juſtitia obligatur, vt eſt per ſe notum, & in confeſſo apud omnes. Quocirca ſolùm erit licitum filio in caſu propoſito impugnare probationem cauſæ, oſtendẽdo ex veris, aut probabilibus fundamentis, eam non eſſe ſufficientem.

142 Quæ dicta ſunt circa filium hæredem Suum, ſeu in poteſtate, eodem fere modo ſe habent in emancipato. Quia in primis, ſi emancipatus ſit præteritus à patre ſine inſertione cauſæ, teſtamentum eſt nullum ipſo jure, ob defectum formæ requiſitæ *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum,* licèt olim de jure antiquo tale teſtamentum mero jure valeret, nec tali filio cum cauſa, vel ſine cauſa, præterito aliud remedium competeret, niſi bonorum poſſeſsio contra tabulas, *vt in l. 1. & per tot. tit. ff. & C. de Bon. poſſeſſ. contr. tab.* Et ita relatis plurimis docent Rojas *in Epit. ſucceſſ. cap. 4. n 9. & ſeqq.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. reſol. cap. 11. numer.* 34. Pichar. *in §. Emancipatos, numer.* 10. *Inſtit. de Exhæred. liber.* & Molina *dict. diſp. 175. verſ. Vtrum vero hæc eadem* Quanuis ſtandum adhuc hodie eſſe dicto juri antiquo, ſentiant Donel. *lib. 6 de Iure Ciuili, cap.* 12. & quidam alij, quos refert & ſequitur Oſuald. *in notis ad eundem Donel. enucleatim, lit. D.* quæ ſententia eſt ſatis probabilis ex rationibus, quas idem Donellus adducit: in hoc tamen Regno Luſitan. nullâ ratione admitti poteſt; nam *lib. 4. Ordin. tit.* 82. *§.* 1. expreſſè dicitur, teſtamentum, quo filius non inſertâ cauſâ præteritur eſſe nullum, & nullius vigoris, vbi tam filius in poteſtate, quàm emancipatus comprehenditur, cùm lex non diſtinguat.

Similiter, ſi filius emancipatus ex- 143
hæredatus ſit, cauſâ non inſertâ, teſtamentum eſt nullum, ob eundem defectum formæ, quæ *in dict. §. Aliud quoque capitulum,* pari neceſsitate in exhæredatione, atque in præteritione filiorum poſtulatur, ſublato quoad hoc omni inter emancipatos, & non emancipatos diſcrimine, vt DD. communiter aduertunt: & ita poſt alios docent Anton. Gom. *ſub dict. numer.* 34 & Molina *vbi ſupra,* habeturque expreſſè *dict. §. 1. Ordinat. Luſitan.* De jure verò antiquo, ſiue cum cauſa, ſiue abſque cauſa exhæredatus eſſet filius emancipatus, teſtamentum erat validum, & ſolùm tali filio competebat bonorum poſſeſsio cauſâ litis agnoſcendæ, per quam ſibi pararetur via ad querelam inofficioſi intentandam, & rumpendum teſtamentum; ſicut ſi eſſet filius in poteſtate, vt conſtat per text. *in l. 2. ff. de Inofficioſo teſtamento,* & relatis alijs notant Rojas *dict. cap. 4. numer.* 14. & Anton. Gom. *d. num.* 34.

Si verò filius emancipatus cauſâ 144
inſertâ præteritus, vel exhæredatus ſit, conueniunt omnes, teſtamentum valere; dubitant verò, quale remedium ipſi filio competat? Qua in re plerique ſentiunt ſolùm ei competere dictam bonorum poſſeſsionem cauſâ litis agnoſcendæ, qua mediante fiat habilis ad intentandam querelam inofficioſi; prout de prædicto jure antiquo, quod credunt correctum hac in parte non eſſe. Alij tamen longe probabiliùs ſentiunt, quòd hodie de jure nouo *in dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud*

quo-

quoque capitulum, & §. Siue igitur, filio emancipato in caſu prædicto, competit rectâ viâ querela inofficioſi, ſicut filio in poteſtate, quin teneatur priùs intentare dictam bonorum poſſeſſionem. Quia in dicto jure nouo nulla fit differentia inter hos filios, ſed indiſcriminatim pro filijs legitimis conſtituitur, vt ſi fuerint præteriti, vel exhæredati, cauſâ nominatim inſertâ, ſi illa fuerit probata, à ſucceſsione repellantur; ſi autem probata non ſit, teſtamentum vacuetur, & illi ab inteſtato ſuccedant. Vbi ſatis patet, quòd eâdem ratione ſuccurritur filijs emancipatis, atque in poteſtate, vt poſsint agere ad vacuandum teſtamentum. Confirmatur, quia pro caſu, quo filius eſt præteritus, vel exhæredatus ſine cauſa, æqualiter in d. jure nouo comprehenditur filius emancipatus, & in poteſtate, vt teſtamentum non valeat, & illi ſuccedant ab inteſtato, vt ex ſupradictis conſtat. Ergo ſimiliter cùm ibidem indiſtinctè ſuccurritur filio præterito, vel exhæredato cum cauſa, æqualiter pro vtroque id debet intelligi, & conſequenter, ſicut filio in poteſtate competit querela ad rumpendum teſtamentum, ſi cauſa probata non ſit, ita pariter competit emancipato. Tenent hanc ſententiam Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. ſub num. 34. verſ. Sed his non obſtantibus*, & Molina *dict. diſp. 175. prope finem*, vbi aduertit eſſe etiam conformem juri Luſitano, & Caſtellæ.

145 Hactenus dicta procedunt in filijs reſpectu patris, quando ab eo præteriti, vel exhæredati ſunt: reſpectu verò matris, ergò quam nunquam ſunt in poteſtate, olim de jure antiquiori habebantur pro exhæredatis, *§. vltim. Inſt. de Exhæredat. liber.* eiſque propterea dabatur querela inofficioſi, vt conſtat ex text. *in l. Filiam, Cod. de Inoffic. teſtam.* & ibi DD. Quocirca illud matris teſtamentum validum habebatur, & ſolùm veniebat irritandum per dictam querelam. Atque ex illo jure antiquiore nihil quoad inſtitutionem mutatum eſſe per jus nouum *in d. Auth. Vt cum de appellat.* ſentit, & latè, probat Donel. *de Iure Ciuili, lib. 6. cap. 13.* quem ſequitur Oſuald. *in notis ad eundem Donel. enucleat. lit. D.* vbi alios pro eadem ſententia adducit. Similiter de jure antiquo, filio à matre exhæredato, vel cum cauſa, vel ſine cauſa, competebat dicta querela inofficioſi, vt eſt text. *in l. Si ſuſpecta, §. 1. ff. de Inoffic. teſt.* vbi Gloſ. ordinaria, & DD. communiter, & ſic teſtamentum non erat ipſo jure nullũ, ſed annullandum per dictum remedium. Quod jus etiam adhuc hodie vigere quoad inſtitutionem, nihil obſtante *d. Auth. Vt cum de appellat.* planè ſentit Donel. *vbi ſupra*, vt rationes, quas pro caſu præteritionis adducit, planiſsimè oſtendunt, cùm pariter procedant in caſu exhæredationis.

Cæterùm longè verius eſt, quòd hodie de jure nouo *in dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & §. Siue igitur omnes*, ſi filius eſt præteritus, vel exhæredatus à matre ſine cauſa inſerta, teſtamentum eſt ipſo jure nullum, & filio competit jus dicendi nullum: ſi autem cum cauſa, teſtamentum valet mero jure, & filio competit remedium querelæ, quemadmodum circa filios præteritos, vel exhæredatos à patre dictum eſt: nam dictum jus nouum æqualiter loquitur reſpectu matris, atque reſpectu patris. Et ita cum communi DD. *in d. Auth. Vt cum de appellat.* docet Anton. Gom. *tom. 1. Variar. reſolut. cap. 11 numer. 35. fine*, idemque tenet Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 175. col. 5. verſ. Sunt vero*, & relatis alijs Piehar. *in §. vltim. numer. 5. Inſtit. de Exhæred. liber.* pro qua etiam parte ſtat Angel. de Gambellionibus *tract. de Teſtam. Gloſ. 74. numer. 7.* eſtque communis ſententia. Atque ita etiam diſponit jus Luſit. *lib. 4. Ordinat. tit. 82. §. 1. & 2.* 146

Si autem quæras quid interſit in dictis caſibus eſſe teſtamentum nullum, vel annullandum, quamve vtilitatem hæc inſpectio habeat? Reſpondetur intereſſe plurimùm. Primo, quia ſi teſtamentum eſt nullum, competit filio jus dicendi nullum per 30. annos: ſi autem valet, & venit annullandum per 147

potuit probari. Reſpondeo affirmatiuè cum Molina *d. diſp.* 175. *§. Dubium eſt, col.* 12. quia *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siue igitur*, ad filium excludendū per viam exhæredationis, vel præteritionis, duo copulatiuè poſtulantur; & quòd cauſa legitima in teſtamento inſerta ſit, & quod ſit probata, vt apertè apparet in ipſo textu, & notat etiam Manrica *d. tit. vltim. num.* 57. *verſ. Secundo communis.* Illud autem aduerte, hoc procedere, niſi filius per vim, aut mendacia, vel falſos teſtes probationem cauſæ impediat; tunc enim manifeſtam committet injuſtitiam aduerſus hæredem, qui jus habet ad tuendam inſtitutionem ſibi legitimè factam, oſtendendo veram eſſe cauſam exhæredatione filij: qui autem per injuſtitiam jus alterius impedit, ad illud planè reſarciendum ex juſtitia obligatur, vt eſt per ſe notum, & in confeſſo apud omnes. Quocirca ſolùm erit licitum filio in caſu propoſito impugnare probationem cauſæ, oſtendẽdo ex veris, aut probabilibus fundamentis, eam non eſſe ſufficientem.

142 Quæ dicta ſunt circa filium hæredem Suum, ſeu in poteſtate, eodem fere modo ſe habent in emancipato. Quia in primis, ſi emancipatus ſit preteritus à patre ſine inſertione cauſæ, teſtamentum eſt nullum ipſo jure, ob defectum formæ requiſitæ *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, licèt olim de jure antiquo tale teſtamentum mero jure valeret, nec tali filio cum cauſa, vel ſine cauſa, præterito aliud remedium competeret, niſi bonorum poſſeſsio contra tabulas, *vt in l.* 1. *& per tot. tit. ff. & C. de Bon. poſſeſſ. contr. tab.* Et ita relatis plurimis docent Rojas *in Epit. ſucceſſ. cap.* 4. *n.* 9. *& ſeqq.* Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. reſol. cap.* 11. *numer.* 34. Pichar. *in §. Emancipatos, numer.* 10. *Inſtit. de Exhæred. liber.* & Molina *dict. diſp.* 175. *verſ. Vtrum vero hæc eadem.* Quanuis ſtandum adhuc hodie eſſe dicto juri antiquo, ſentiant Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap.* 12. & quidam alij, quos refert & ſequitur Oſuald. *in notis ad eundem Donel. enucleat. m, lit. D.* quæ ſententia eſt ſatis probabilis ex rationibus, quas idem Donellus adducit: in hoc tamen Regno Luſitan. nulla ratione admitti poteſt; nam *lib.* 4. *Ordin. tit.* 82. *§.* 1. expreſſè dicitur, teſtamentum, quo filius non inſertâ cauſâ præteritur eſſe nullum, & nullius vigoris: vbi etiam filius in poteſtate, quàm emancipatus comprehenditur, cùm lex non diſtinguat.

Similiter, ſi filius emancipatus ex- 143
hæredatus ſit, cauſâ non inſertâ, teſtamentum eſt nullum, ob eundem defectum formæ, quæ *in dict. §. Aliud quoque capitulum*, pari neceſsitate in exhæredatione, atque in præteritione filiorum poſtulatur, ſublato quoad hoc omni inter emancipatos, & non emancipatos diſcrimine, vt DD. communiter aduertunt: & ita poſt alios docent Anton. Gom. *ſub dict. numer.* 34. & Molina *vbi ſupra*, habeturque expreſſè *dict. §.* 1. *Ordinat. Luſitan.* De jure verò antiquo, ſiue cum cauſa, ſiue abſque cauſa exhæredatus eſſet filius emancipatus, teſtamentum erat validum, & ſolùm tali filio competebat bonorum poſſeſsio cauſâ litis agnoſcendæ, per quam ſibi pararetur via ad querelam inofficioſi intentandam, & rumpendum teſtamentum; ſicut ſi eſſet filius in poteſtate, vt conſtat per text. *in l.* 2. *ff. de Inofficioſo teſtamento*, & relatis alijs notant Rojas *dict. cap.* 4. *numer.* 14. & Anton. Gom. *d. num.* 34.

Si verò filius emancipatus cauſâ 144
inſertâ præteritus, vel exhæredatus ſit, conueniunt omnes, teſtamentum valere; dubitant verò, quale remedium ipſi filio competat? Qua in re plerique ſentiunt ſolùm ei competere dictam bonorum poſſeſsionem cauſâ litis agnoſcendæ, qua mediante fiat habilis ad intentandam querelam inofficioſi: prout de prædicto jure antiquo, quod credunt correctum hac in parte non eſſe. Alij tamen longe probabiliùs ſentiunt, quòd hodie de jure nouo *in dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quo-*

quoque capitulum, & §. Siue igitur, filio emancipato in caſu prædicto, competit rectà viâ querela inofficioſi, ſicut filio in poteſtate, quin teneatur priùs intentare dictam bonorum poſſeſsionem. Quia in dicto jure nouo nulla fit differentia inter hos filios, ſed indiſcriminatim pro filijs legitimis conſtituitur, vt ſi fuerint præteriti, vel exhæredati, cauſâ nominatim inſertâ, ſi illa fuerit probata, à ſucceſsione repellantur; ſi autem probata non ſit, teſtamentum vacuetur, & illi ab inteſtato ſuccedant. Vbi ſatis patet, quòd eâdem ratione ſuccurritur filijs emancipatis, atque in poteſtate, vt poſsint agere ad vacuandum teſtamentum. Confirmatur, quia pro caſu, quo filius eſt præteritus, vel exhæredatus ſine cauſa, æqualiter in d. jure nouo comprehenditur filius emancipatus, & in poteſtate, vt teſtamentum non valeat, & illi ſuccedant ab inteſtato, vt ex ſupradictis conſtat. Ergo ſimiliter cùm ibidem indiſtinctè ſuccurritur filio præterito, vel exhæredato cum cauſa, æqualiter pro vtroque id debet intelligi, & conſequenter, ſicut filio in poteſtate competit querela ad rumpendum teſtamentum, ſi cauſa probata non ſit, ita pariter competit emancipato. Tenent hanc ſententiam Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. ſub num. 34. verſ. Sed his non obſtantibus,* & Molina *dict. diſp. 175. prope finem,* vbi aduertit eſſe etiam conformem juri Luſitano, & Caſtellæ.

145 Hactenus dicta procedunt in filijs reſpectu patris, quando ab eo præteriri, vel exhæredati ſunt: reſpectu verò matris, erga quam nunquam ſunt in poteſtate, olim de jure antiquiori habebantur pro exhæredatis, *§. vltim. Inſt. de Exhæredat. liber.* eiſque propterea dabatur querela inofficioſi, vt conſtat ex text. *in l. Filiam, Cod. de Inoffic. teſtam.* & ibi DD. Quocirca illud matris teſtamentum validum habebatur, & ſolùm veniebat irritandum per dictam querelam. Atque ex illo jure antiquiore nihil quoad inſtitutionem mutatum eſſe per jus nouum *in d. Auth. Vt cum de appellat.* ſentit, & latè, probat Donel. *de Iure Ciuili, lib. 6. cap. 13.* quem ſequitur Oſuald. *in notis ad eundem Donel. enucleat. lit. D.* vbi alios pro eadem ſententia adducit. Similiter de jure antiquo, filio à matre exhæredato, vel cum cauſa, vel ſine cauſa, competebat dicta querela inofficioſi, vt eſt text. *in l. Si ſuſpecta, §. 1. ff. de Inoffic. teſt.* vbi Gloſ. ordinaria, & DD. communiter, & ſic teſtamentum non erat ipſo jure nullũ, ſed annullandum per dictum remedium. Quod jus etiam adhuc hodie vigere quoad inſtitutionem, nihil obſtante *d. Auth. Vt cum de appellat.* planè ſentit Donel. *vbi ſupra,* vt rationes, quas pro caſu præteritionis adducit, planiſsimè oſtendunt, cùm pariter procedant in caſu exhæredationis.

Cæterùm longè verius eſt, quòd hodie de jure nouo *in dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & §. Siue igitur omnes,* ſi filius eſt præteritus, vel exhęredatus à matre ſine cauſa inſerta, teſtamentum eſt ipſo jure nullum, & filio competit jus dicendi nullum; ſi autem cum cauſa, teſtamentum valet mero jure, & filio competit remedium querelæ, quemadmodum circa filios præteritos, vel exhæredatos à patre dictum eſt: nam dictum jus nouum æqualiter loquitur reſpectu matris, atque reſpectu patris. Et ita cum communi DD. *in d. Auth. Vt cum de appellat.* docet Anton. Gom. *tom. 1. Variar. reſolut. cap. 11 numer. 35. fine,* idemque tenet Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 175. col. 5. verſ. Sunt vero,* & relatis alijs Pichar. *in §. vltim. numer. 5. Inſtit de Exhæred. liber.* pro qua etiam parte ſtat Angel. de Gambellionibus *tract. de Teſtam. Gloſ. 74. numer. 7.* eſtque communis ſententia. Atque ita etiam diſponit jus Luſit. *lib. 4. Ordinat. tit. 82. §. 1. & 2.* 146

Si autem quæras quid interſit in dictis caſibus eſſe teſtamentum nullum, vel annullandum, quamve vtilitatem hæc inſpectio habeat? Reſpondetur intereſſe plurimùm. Primo, quia ſi teſtamentum eſt nullum, competit filio jus dicendi nullum per 30. annos: ſi autem valet, & venit annullandum per 147

que-

querelam inofficioſi, competit ea querela per quinquennium, ejuſque lapſu excluditur, & teſtamentum ſuſtinetur, *l. Filio præterito, ff. de Injuſto rupto*, & ibi DD. *l. Licet, Cod. de Iure deliber. l. Scimus, §. Illud, Cod. de Inoffic. teſtam.* & ita eum communi Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. ſub num. 3. verſ. Et ſi quæras.* Quod ſi per bonorum poſſeſsionem veniat infirmandum, competit petitio talis poſſeſsionis ſolùm per annum, cùm ſit remedium Prætorium: Donel. *de Iure Ciuili lib. 3. cap. 13.* & omnes. Secundò, quia ſi teſtamentum ſit nullum, etiamſi filius præteritus decedat, viuo patre, non redditur validum, *l. Si filius, qui eſt in poteſtate, ff. de Liber. & poſthum.* & ibi Gloſ. Ordin. Barthol. Bald. Angel. & alij, *§. verſ. Adeo equidem, Inſtit. de Exhæredat. liber.* & ibi etiam DD. communiter. Hoc verò intelligitur de jure Ciuili; nam de jure Prætorio, ſi filius viuo teſtatore moriatur, conualeſcit teſtamentum, ſi in eo ſint inſtituti venientes ab inteſtato, quibus in hoc caſu erit neceſſaria petitio poſſeſsionis bonorum ſecundum tabulas, *l. Poſthumus in fine, ff. de Injuſto rupto*, & notant poſt Barthol. Bald. Caſtr. & alios Anton. Gom. *vbi ſup. verſ. Quartus effectus*, & Donel. *de Iure Ciuili lib. 6. cap. 13.*

§. 2. *Quouſque opus ſit inſtitui nepotes, & alios remotiores deſcendentes teſtatoris jam natos tempore teſtamenti?*

SUMMARIUM.

AVus, auia, & alij aſcendentes tenentur in ſuo teſtamento inſtituere nepotes, & neptes, cæteroſque deſcendentes legitimos jam natos, quādo proximiores eorum progenitores non ſunt in medio: alioqui teſtamentum erit nullum, vel annullandum: & competunt talibus deſcendentibus præteritis, vel injuſtè exhæredatis, eadem remedia, quæ filijs; num. 148. *& ſeqq.*

Vtrum filio legitimè exhæredato, oporteat inſtitui nepotem, ne poſtea excluſo filio à querela, & ſucceſsione, teſtamentū rumpat, ſe præteritum reperiens? num. 150. *& ſeqq.*

POſt filios jam natos ſequitur dicendum de nepotibus, & alijs remotio- 148
ribus deſcendentibus teſtatoris ſimiliter tempore teſtamenti jam natis: circa quos vnica etiam, & capitalis aſſertio ſit. Auus, auia, & alij aſcendentes tenentur in ſuo teſtamento inſtituere nepotes, & neptes, cæteroſque deſcendentes legitimos jam natos, quando proximiores eorum progenitores non ſunt in medio; vt quia ſunt mortui, vel aliàs redditi incapaces ſucceſsionis: alioquin teſtamentum erit nullum, vel annullandum; & cōpetunt talibus deſcendentibus præteritis, vel injuſtè exhæredatis eadem remedia, quæ filijs. Eſt aſſertio communis, quam ſub his fere terminis tradit Rojas *in Epit. ſucceſsion. cap. 5. num. 2. & 3.* In ſucceſsione enim aſcendentium nulla eſt differentia inter nepotes, & filios, *l. Poſthumorum*, ibi; *Sicut ipſum filium, vel hæredem inſtituere, vel exhæredare nominatim debeo, ne non jure faciam teſtamentum; ita & nepotem, neptemue ex eo neceſſe eſt mihi vel hæredem inſtituere, vel exhæredare, ff. de Injuſto rupto, cum ſimilibus*, quę apud Rojas *vbi ſupra*, videri poſſunt: maximè verò dicta aſſertio probatur *ex d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, ibi; *Sancimus igitur non licere penitus patri, vel matri auo, vel auiæ, proauo, vel proauiæ, ſuum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento*, &c. vbi vides parem induci neceſſitatem inſtituendi filios, ac nepotes, & cæteros deſcendentes; quocirca pari jure eſt nullum, vel annullandum teſtamentū, quo nepotes, vel alij inferiores injuſtè ſunt præteriti, vel exhęredati; atque quo pręteriti, vel exhęredati ſunt filij: vnde

quæ

quæ ſupra circa filios diximus, nepotibus etiam, & cæteris deſcendentibus conueniunt, illiſque applicanda ſunt.

149 Dictum verò eſt, quando proximiores eorum progenitores non ſunt in medio. Nam qui habet filium, & ex eo nepotem, vel pronepotem, rectè, filio inſtituto, nepotem, & alios ejus liberos præterit; quia pro forma, & validitate teſtamenti ſolùm tenetur pater inſtituere liberos exiſtentes in priori gradu, *l. Inter cætera, ff. de Liber. & poſthum. l. Poſthumorum, ff. de Injuſto rupto, §. Ita demum, Inſt. de Hæredit. quæ ab inteſt. defer. cum ſimilib.* & ita DD omnes.

50 Vtrùm verò, filio legitimè exhęredato, oporteat inſtitui nepotem ne poſtea excluſo filio à querela, & ſucceſsione, teſtamentum rumpat, ſe præteritum reperiens? Affirmant Barthol. Bald. Angel. & alij, *in l. Pater filium, ff. de Inoffic. teſtam.* Dinus *in l. 3. §. Si emancipatus filius, ff. de Bonorum poſſeſſ. contra tabulas,* Barthol. *in l. Siquis poſthumos, §. Si filium, ff. de Liber. & poſthum.* & ibi Paul. de Caſtr. *col. pen.* Alex. *col. 3.* Jaſ. *col. pen. num.* 48. Joan. de Imol. *col. fin.* & Cuman. *col. 2.* Gloſ. Ordin. *in l. Si quis filium, Cod. de Inoffic. teſtam.* & ibi Cinus Barthol. Bald. Angel. Paul. de Caſtr. Fulgoſ. & alij, quos refert Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap.* 11. *numer.* 21. eſtque ſententia communis. Probatur primò quia filius exhæredatus habetur pro mortuo, *l. 1. §. Sed & ſi patronus, ff. de Conjungendis cum emancipato liberis ejus*: conſtat autem, quòd mortuo filio debet inſtitui nepos, vt teſtamentum valeat. Secundò, quia excluſo habente primum gradũ in ſucceſsione paterna, ſuccedunt ejus loco nepotes, & neptes ex eo nati, *l. 1. §. 1. verſ. Si filius Suus, ff. de Suis, & legitimis hæred.* Ergo neceſſariò debent inſtitui, quando pater per viam exhæredationis excluditur, ne teſtamentum rumpãt; cùm hæreditate aui priuari nequeant. Tertiò idem probat text. *in l. Si is qui, ff. de Inoffic. teſtam.* ibi; *Si is qui admittitur ad accuſationem* (ideſt ad querelam, eoquòd fuerit exhæredatus) *nolit, aut non poſsit accuſare, an ſequens admittatur? videndum eſt: & placuit poſſe, vt fiat ſucceſsioni locus*: vbi vides, quòd patre exhæredato, & à querela excluſo, admittitur nepos ex eo natus. Ad quod etiam eſt text. *in d. l. Pater filium, ff. eod.* vbi habetur, quod filijs à patre exhæredatis, & poſtea excluſis à querela, admittitur eorum auus, qui illis excluſis primũ locum habet in ſucceſsione patris.

Contrariam nihilominus ſententiam 151 tenent meritò Gloſ. *in l. Si quis poſthumos, §. Si filium, verb. Teſtamentum, ff. de Liber. & poſth.* Petr. de Bellapert. & Iacob. Butr. *in l. Siquis filium, Cod. de Inoffic. teſtam.* Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap.* 11. & Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap.* 11. *num.* 21. quæ ſententia hoc potiſsimùm intendit, vt nepos ſe præteritum reperiens in teſtamento aui, qui filium, ex quo eſt nepos, legitimè exhæredauit, non poſsit vllo juris remedio illud teſtamentum rumpere, ſi pater poſt auũ decedens à querela fuit excluſus: vnde conſequens eſt, vt exhæredans legitimè filium, ex quo habet nepotes, vel alios deſcendẽtes, poſsit ad libitum de ſuis bonis diſponere, perinde aeſi nullum deſcendentem ex tali filio haberet. Probatur, per text. expreſſum *in l. Si quis poſthumum, 9. §. Si filium, ff. de Liber. & poſthum.* ibi; *Si filium exhæredauero, nepotemque ex eo præteriero, & alium hæredem inſtituero, & ſuperuixerit filius poſt mortem meam; licèt ante aditam hæreditatem deceſſerit; non tamen nepotem rupturum teſtamentum, Iulianus, Pomponius, & Marcellus aiunt.* Item per text. ſatis expreſſum *in l. Siquis filio, in princip. ff. de Injuſto rupto.* Ubi eſt ſermo, de nepote præterito, nato ex filio exhæredato, qui poſt mortem aui, viuente patre, natus eſt, cùm in vita ipſius aui cõceptus eſſet: & dicitur non rumpi ejus agnatione teſtamentum, licèt hæreditas nondum eſſet adita; quia agnaſcendo is rumpit, quem nemo præcedebat tempore mortis: hunc autem nepotem præcedebat pater exhæredatus, qui viuebat, quando auus deceſsit; qui quidem textus quo-

ad præſens inſtitutum correcti non ſunt, vt ſtatim patebit.

152 Optimè verò dicta ſententia probatur per text. *in l. Siquis filium*, *Cod. de Inoffic. teſtam* vbi diſponitur quod ſi quis decedat, filio exhæredato, & extraneo hærede inſtituto, & ex filio exhæredato relinquat nepotem jam natum, vel conceptum, & filius exhæredatus poſtea decedat, non inteniatâ querelâ, nec præparatâ, amoto rigore jurium antiquiorum, ex quibus deſtitutus erat omni remedio ad ſuccedendum, benignè virtute illius legis talis nepos admittatur ex perſona patris exhæredati, vt poſsit agere querelâ, & per viam illius rumpere teſtamentum; ſecùs verò ſi pater exhæredatus fuit ingratus, & cauſa ingratitudinis probata per hęredem, vel ſi poſt hæreditatem aditam repudiauit querelam, aut quinquennio tacuit, vel ſi ipſi patri fuerit relicta certa quantitas minor legitimâ, quòd tunc ſatis ſit nepoti, vt poſsit agere ad repletionem illius. Ex quo textu apertè concluditur pro caſu noſtræ quæſtionis, quòd filio exhæredato, & penitus excluſo à querela, vt quia expreſsè vel tacitè per lapſum quinquennij eam redudiauit poſt aditam hæreditatem, vel quia cauſa ingratitudinis, ex qua fuit exhęredatus, probata eſt, nullum omnino ſupereſt remedium ex quo nepos poſsit, vel ex ſua, vel patris perſona teſtamentum rumpere, aut impugnare.

153 Neque obſtant fundamenta prioris ſententiæ. Ad primum enim reſpondetur, exhæredatum haberi pro mortuo ad effectum excludendi eum à ſucceſsione patris, non verò ad alium admittendum. Ad ſecundum reſpondetur, illud procedere in ſucceſsione ab inteſtato, quando ſcilicet pater teſtatus non eſt, aut teſtamentum non valuit: non autem in ſucceſſione ex teſtamento, vel contra teſtamentum. Nam cùm teſtamentum, quo filius eſt exhæredatus, & extraneus inſtitutus, validum, ac legitimum fuerit, debet ſuccedere inſtitutus, excluſo nepote præterito, nato ex filio exhęredato; ſi autem inſtitutus hæreditatem omiſerit, tunc nepos ille ab inteſtato ſuccedet, vt habetur *d. l. Siquis filio, in princip. ff. de Injuſto rupto.* Ad tertium reſpondetur *in d. l. Si is qui*, admitti nepotē ad querelandū ex perſona patris jure tranſmiſsionis, quia fuit præparata querela, quæ patri exhæredato competebat.

Ad textum verò *in l. Pater filium*, reſpondeo cum Gloſſ, ibi *verb. Ad querelam*, aliam eſſe rationem in auo præterito in teſtamento patris, cujus filij ab eo exhæredati excluſi ſunt à querela, aliam verò in nepotibus præteritis in teſtamento aui à quo filius ſimiliter exhæredatus à querela poſtea excluſus eſt. Nam reſpectu patris, eſt auus in eodem gradu, quo filij, licèt ſint potiores; & ideo, ſicut filius præteritus admittitur contra teſtamentum patris, ita debet admitti auus præteritus contra teſtamentum parris poſt filios exhæredatos à querela excluſos. At verò nepotes non ſunt in eodem gradu cum filio; & ideo filio exhæredato, & excluſo à querela, non admittuntur cōtra teſtamentum aui, à quo ſunt præteriti; cùm ſint in ſecundo gradu reſpectu illius, qui ſolùm tenebatur inſtituere, vel exhæredare exiſtentes in primo gradu. Ex quo fundamento concludit Gloſ. *vbi ſup.* quòd exhæredatis filijs, & à querela excluſis, non admittitur proauus à patre illorum præteritus, eoquod non ſit in eodem gradu, quo filius; ſed in ſecundo, vt nepos. 154

Aduerte autem, prædictam ſecundam ſententiam locum non habere, quando filius, viuo patre teſtatore, mortuus eſt; nam tunc nepos ex eo relictus ſe præteritum reperiens in teſtamento aui, ipſum teſtamentum rumpet, vel dicet nullum, & ſuccedet auo ab inteſtato per *l. Poſthumorum*, 13. *ff. de Injuſto rupt. & §. Poſthumorum, Inſt. de Exhæredat. liber. cum ſimilibus.* Et ratio eſt, quia in eo caſu nemo illum nepotem præcedit tempore mortis aui: ex liberis autem ſeu deſcēdentibus teſtatoris is, quem alius non præcedit tempore mortis ipſius teſtatoris, habet jus ſui hæredis, *d. l. Et d. §. Poſthumorum*, & conſequenter ſe præteritum repe- 155

reperiens teſtamentum rumpit, vel dicit nullum ipſo jure Suitatis, ex quo, etiam viuo teſtatore, dominus bonorum illius cenſetur; quo dominio ſimplici præteritione non priuatur, vt latiùs declarauimus, *§. præced ſub num.* 133.

§. 3. *Quouſque oporteat inſtitui filios, & alios deſcendentes teſtatoris nondum natos tempore teſtamenti?*

SUMMARIUM.

Etiam filij & nepotes nondum nati tempore teſtamenti inſtitui debet, ne agnatione teſtamentum rumpant; num. 156.

Poſthumus natus poſt mortem patris rūpit ejus teſtamentum, ſi in eo ſit præteritus. Quod procedit, dummodo perfectè natus ſit viuus, nec ad monſtrum, aut prodigium declinauerit: item opus eſt vt natus ſit juſto, ſeu maturo natiuitatis tempore: & quomodo hæc ſint intelligenda? d. n. 156. *& ſeq.*

Vtrum nati menſe octauo à conceptione, ſi viui nati ſint, nec ad monſtrum deflexerint, rumpant teſtamentum patris, in quo fuerint præteriti? num. 158. *& ſeqq.*

Filius natus poſt conditum patris teſtamentum, patre adhuc viuente, (qui filius etiam dicitur poſthumus) rumpit patris teſtamentum, ſi in eo ſit præteritus, dummodo naſcatur viuus, & cum cæteris conditionibus in ſuperiori caſu requiſitis, num. 156.

Filius qui naſcitur poſt teſtamentum patris, viuente ipſo patre, ſtatim acquirit jus Suitatis, ratione cujus rumpit patris teſtamentum, ſi in eo ſit præteritus. Natus autem poſt mortem patris ſolùm habuit potentiam vt eſſet hæres Suus: ea verò ſufficit ad rumpendum patris teſtamentum, ſi præteritus ſit; num. 166.

Si filius præteritus, qui poſt teſtamentū natus eſt, viuo patre mortatur, reconualeſcit teſtamentum de jure Prætorio; num. 167.

Quando filius præteritus natus erat tempore teſtamenti, conualeſcit ſimiliter teſtamentum, decedente ipſo filio in vita patris, ſi hæredes in eo ſcripti hæreditatem ab inteſtato capere poterant. Et quid; ſi inſtituti ſint extranei? numer. 168.

Quo tempore filius præteritus poſſit dicere teſtamentum nullum? num. 169.

Nepos natus, vel conceptus poſt teſtamentum aui, viuente ipſo auo, rumpit ejus teſtamentum, ſi ab eo ſit præteritus, & pater in medio non extet: ſecus autem, ſi pater extet, vel ille poſt aui mortem conceptus ſit; num. 170. *& ſeqq.*

Qui fieri poſſit, vt nepos conceptus poſt mortem aui non rumpat ob hanc cauſam ejus teſtamentum; & non potius, quia ejus pater eſt in medio? n. 173.

Quod nepos ſit conceptus poſt mortem aui, ſolùm tollit poſſe illi ſuccedere ab inteſtato ex perſona propria, non autem ex perſona patris, per viam tranſmiſſionis, jure Suitatis, ſanguinis, aut deliberandi. Et quid interſit, vtrum ex perſona propria, vel ex perſona patris, ſuccedat? num. 174.

Etiam nepotes viuo auo geniti, quos pater tempore teſtamenti præceſſit, inſtitui debent, ad vitandum periculum teſtamenti rumpendi, ſi contingat patrem viuo mori. Et quæ ſit forma inſtituendi hos nepotes, juxta conſilium Galli? num 174.

Poſtquam de filijs, & alijs deſcendentibus jam natis dictum eſt, conſequens eſt vt de poſthumis, ſeu nondum natis, dicamus. Pro his ergo generalis aſſertio ſit. Etiam filij, & nepotes nondum nati tempore teſtamenti inſtitui debent, ne agnatione teſtamentum rumpant. Sub hac aſſertione nonnulli caſus diſtinguendi ſunt. Primus caſus quoad filios eſt, quando filius natus eſt poſt mortem patris, qui filius propriiſſimè dicitur 156

poſt-

poſthumus, *l. Poſthumi*, 3. *in princip. ff. de Injuſt. rupto, & irrit.* Et in hoc caſu, ſi talis poſthumus ſe præteritum reperiat in teſtamento patris, illud rumpit, *dict. l. Poſthumus, in princip. l.* 1. *Cod. de Poſthum. hæred. inſtit. cum concordant.* Hoc autem intelligitur, dummodo perfectè natus ſit viuus, nec ad monſtrum, aut prodigium declinarit, *l.* 2. *&* 3. *Cod. de Poſthum. hæred. inſtit.* Non requiritur verò, quòd certo aliquo tempore poſt natiuitatem viuus permaneat, nam quanuis illico, poſtquam in terram cecidit, vel in manus obſtetricis exceptus eſt, è vita decedat, teſtamentum rumpit, ſi ad monſtrum, vel prodigium non deflexit, vt *d. l.* 3. ſtatuitur. Et idem dicendum, licèt poſt mortem matris exſecto illius ventre editus ſit, vt habetur *in l. Quod dicitur*, 12. *ff. de Liber. & poſth.* vbi etiam notatur, ſatis ad dictum effectum rumpendi teſtamentum ex cauſa præteritionis eſſe, quòd naſcatur præditus ſpiritu, ſeu anima rationali, licèt integrum animal non ſit, ideſt corporis, & membrorum integritate careat, vt eſt communis Iuriſtarum expoſitio.

157 Prædicta verò procedunt de ijs, qui juſto, ſeu maturo natiuitatis tempore ſunt editi; nam ſi ante tale tempus fætus è matris viſceribus ejiciatur, teſtamentum non rumpet, licèt viuus, & anima rationali præditus reperiatur, vt interdum contingit; præſertim ſi quintum, aut ſextum menſem poſt conceptum attigerit: talis enim fætus eſt abortiuus ex omnium ſententia: conſtat autem, quòd partus abortiuus teſtamentum non rumpit, vt deciditur *in l.* 2. *Cod. de Poſthum. hæred. inſtit.* Et ratio eſt, quia talis fætus non naſcitur, nec paritur, ſed abjicitur & ejicitur, & ſic pro non nato habetur, & licèt viuus egrediatur, cùm ob intrinſecum debitæ perfectionis, ac maturitatis defectū naturaliter viuere non poſſit, pro mortuo habetur; & procedit in eo *l. Qui mortui*, 131. *ff. de Verb. ſignif.* ibi, *Qui mortui naſcuntur, neque nati, neque procreati videntur.* Accedit præterea optimus text. *in l.* 3. *in fine, ff. de Suis, & legitim. hæred.* vbi is tantùm, qui natus eſt poſt 182. diem, ex quo fuit conceptus, id eſt, poſtquam vltra ſex menſes in vtero fuit geſtus, ad legitimam ſucceſsionem admittitur; eo quod ex ſententia Hypocratis, qui tandiu fuit in vtero, juſto tempore videatur natus: vnde à contrario ſenſu, qui tempus illud præuenit, injuſto tempore cenſetur editus, & conſequenter incapax ſucceſsionis, & rumpendi teſtamentum, licèt viuus prodierit. Nec obſtat *d. l. Quod dicitur*, nam quod ibi notatur, ſatis eſſe quòd fætus prodeat viuus, ſeu animatus ſpiritu, ſupponit habilitatem in cæteris, juxta regulam, *l. Qui teſtamento*, 2 *ff. de Teſtament. & cap.* 1. *de Ætate, & qualit. lib.* 6. *cum ſimilib.* vt optimè aduertit Alciat. *tom.* 3. *reſponſ. lib.* 9 *reſponſo* 25. & Federic. Bonauentura *in ſuo diffuſo tractatu de partu octomeſtri, lib.* 9. *cap.* 11. *in princip.* Atque in his DD. omnes conueniunt.

Grauis autem difficultas eſt, vtrùm poſt 158
ſextum menſem ex juſtis nuptijs natus, quocumque edatur menſe, teſtamentum rumpat ex præteritionis cauſa, ſi viuus natus ſit, & ad monſtrum vel prodigium non declinauerit? Quæ difficultas tota verſatur circa eos, qui octauo menſe naſcuntur. Nam qui ſeptimo, vel nono, aut decimo in lucem prodeunt, nullum eſt dubium; quin teſtamentum ex dicta cauſa præteritionis rumpant; cùm juſto tempore à natura præſcripto in hunc mundum exeant.

Quod igitur attinet ad natos menſe. 159
octauo, res eſt valde dubia, in qua duæ ſunt principales ſententiæ. Prima eſt, teſtamentum ab eis non rumpi. Hanc tenet Tiraquel. plures referens *in l. Si vnquam, verb. Suſceperit liberos, numer.* 206. *Cod. de Reuoc. donat.* & Menoch. plures etiam adducens *tract. de Præſumpt. lib* 4. *præſumpt.* 89. *num.* 111. vbi poſthumum natum octauo menſe aquiparat aborſiuo, de quo *in d. l.* 2. *Cod. de Poſthum. hæredib. inſtit.* pronunciatur, quòd non rumpit teſtamentum. Vnde idem Menochius colligit, quòd talis poſthumus non facit deficere conditionem,

nem, *Si abſque liberis*: tenent etiam Paul. de Caſtr. *in d. l.* 2. Alciat. *d. reſponſo* 25. Pariſ. *conſil.* 65 *num* 6. *& ſeq* & Maſcard. *vol.* 3. *de Probat. concluſ.* 1146. dum omnes aſſerunt natum octauo menſe, ita naſci, vt viuere non poſſit; & conſequenter pro non nato haberi: item Socin. jun *conſil.* 36. *concluſ.* 1. *vol.* 2. dum ob prædictam rationem docet, natum eo menſe matri non ſuccedere. Trahitur etiam in hanc opinionem non immeritò Barth. *in l. Gallus, in princip. ff. de Liber. & poſthum.* vbi partum perfectum dicit eſſe, qui editur ſeptimo, nono, aut decimo menſe, prætermiſſo octauo, ſupponens octomeſtrem eſſe imperfectum, ac minimè vitalem; quam ſuppoſitionem plerique tum Medicorum, tum Iuriſperitorum admittunt, teſte Federico Bonauentura *d. tract. de Partu octomeſtri, varijs in locis, ac præſertim in ipſo proœmio ad Lectorem:* maximè verò pro hac ſententia ſtat Bald. *in l. Ea quidem, Cod. Si mancipium ita fuerit alien.* vbi affirmat eſſe impoſſibile per naturam, ac ſubinde notorium, natum octauo menſe viuere non poſſe.

160 Et hinc ſumitur fundamentum hujus ſententiæ, quia qui editur adeo intempeſtiuè, vt ex lege naturæ viuere non poſſit, licèt naſcatur viuus, perinde habetur, acſi naſceretur mortuus, imò acſi natus non eſſet; eſtque partus aborſiuus, qui non tam editur, quàm abjicitur, & projicitur non victurus, ſicut de partu edito viuo ante ſeptimum menſem dictum eſt: ergo teſtamentum ex cauſa præteritionis non rumpit, cùm pro nato non habeatur.

161 Secunda ſententia oppoſitum affirmat, ſcilicet octomeſtri partu editos paternum teſtamentum rumpere, ſi viui nati ſint, nec ad monſtrum, vel prodigium deflexerint. Hanc tenet Sfortia Oddo *conſil.* 28. dicens ſibi videri veriſsimam de jure, atque juxta illam iudicatum fuiſſe in ſua ciuitate per Ioan. Paul. Lancellotum optimum Iuriſconſultum: tenet etiam, ac prolixè tuetur Federicus Bonau. *toto ferme illo tract. de Partu octomeſtri, præſertim lib.* 9. vbi etiam *in cap.* 4. teſtatur judicatum fuiſſe per Prætorem Vrbinatem in fauorem partus octomeſtris contra eos, qui illum non vitalem eſſe affirmabant: tenent præterea non pauci apud Menoch. *d. præſumpt.* 89. *num.* 111. vbi pro hac parte adducit Bald. *conſil.* 110. *fine, & conſil.* 407. *fine, lib.* 3. Angel. *in d. l. Quod dicitur, ff. de Liber. & poſth.* Felin. *in cap. Sicut, in fine. de Homicid.* Dec. *conſil.* 623. *numer.* 3. Rolan. *conſil.* 56 *num.* 11. *&* 12. *lib.* 3. Boer *q.* 230. & alios.

Fundamentum hujus opinionis eſt, 162
quia jure Ciuili ſolus partus, qui editur antequam in vtero expleret 182. dies (ideſt, dies duos vltra ſex menſes) vel poſt decem menſes à morte mariti, à legitima ſucceſsione excluditur, vt conſtat *ex l.* 3. *in fine, ff. de Suis, & legit. hæred.* ergo qui medio tempore editur viuus, nec ad prodigium, aut monſtrum declinauit, ad ſucceſsionem admittendus eſt, & conſequenter teſtamentum ex cauſa præteritionis rumpit, juxta *d. l.* 3. *Cod de Poſthum. hæred. inſtit.* vbi generaliter ſtatuitur, ſi fœtus ſit ſpiritu animatus, & totus in lucem prodeat viuus, teſtamentum rumpere: ſub qua generalitate comprehenduntur omnes fœtus, qui aliàs in jure non reperiuntur excepti: nullibi autem excipitur, qui viuus octauo menſe naſcitur; imò dum leges generaliter, & indiſtinctè ad ſucceſsionem admittunt, qui naſcitur poſt ſextum menſem, & ante vndecimum, ſatis clarè natum menſe octauo admittere videntur.

Quòd ſi opponas, octomeſtrem fœtū 163
ſatis excludi à ſucceſsione, & rumpendo teſtamento, per *l. Vxoris aborſu, quæ eſt* 2. *Cod. de Poſthum. hæred. inſtit.* vbi deciditur per partum aborſiuum non rumpi teſtamentum; ſiquidem vt *ſupra* pro prima ſententia dictum eſt, partus octomeſtris aborſiuus cenſetur, cùm non ſit vitalis, & magis ſit ejectus, quàm editus, etiamſi prodeat viuus. Reſpondent Authores hujus ſententiæ, negando partum octomeſtrem eſſe aborſiuum, ac minimè vitalem, quando infans prodit viuus, & ſuis membris omnibus præditus; coquòd

inter-

interdum hujuſmodi infantes diutius viuant, & adoleſcant; quod eſſe non poſſet, ſi per naturam partus ille non eſſet vitalis.

164 Ambæ hæ ſententiæ ſunt valde probabiles, quamuis prima ſit receptior, vt aduertit Menoch. *loc. ſup. citat.* [& ſæpe fatetur Federic. Bonau. *d. tract. de Partu octom. præſertim lib. 9. à principio.* Ego verò mediam quandam libentiùs amplecterer, vt ſcilicet dicamus, quando fætus octauo menſe ſponte ac proprijs viribus quaſi jam natiuitati maturus in lucem editur, præuijs ſcilicet in matre conſuetis maturi partus ſignis, & doloribus, tunc quidem ad ſucceſſionem admitti debere, & teſtamentum ab eo rumpi; cùm in tali caſu juſto tempore videatur naſci, eſſeque partum illum vitalem, licèt paulò poſt moriatur: ſecus autem, quando non ſponte ſua, ſed per vim aliquam externam vel ob morbum, aut debilitatem matris ab vtero extrahitur, vel projicitur: nam tunc licèt exeat viuus, non prodit maturus, & ſic non eſt partus vitalis, nec legitimus, ſed aborſiuus, atque adeo teſtamentum non rumpit, *d. l. Matris aborſu, Cod. de Poſthum. hæred. inſtit.*

165 Secundus caſus eſt, quando filius naſcitur poſt conditum teſtamentum, patre adhuc viuente (qui filius poſthumus etiam dicitur, *l. 1. Cod. de Poſthum. hæred. inſtit.* quamuis non ita propriè, ſicut qui naſcitur poſt mortem patris, *l. 3. in princip. ff. de Injuſto rupt.* & in hoc etiam caſu filius præteritus rumpit patris teſtamentum, *d. l. 3. in princip. ff. de Injuſt. rupt. & d. l. 1. Cod. de Poſth. hæred. inſt.* Oportet autem, vt naſcatur viuus, & cum cæteris conditionibus, quæ in poſthumo nato poſt mortem patris ad dictum effectum requiruntur, vt per textus in præcedenti caſu allegatos, qui indiſcriminatim de quouis poſthumo præterito in teſtamento patris loquuntur.

166 Notandum verò, nonullas differentias de jure intercedere inter hunc caſum, & præcedentem. Primò enim differunt, quia in hoc ſecundo caſu, cùm filius naſcatur viuente patre, manet in ejus poteſtate, & ſtatim acquirit jus Suitatis, ratione cujus habetur tanquam dominus bonorum patris, vt poſt mortem patris dominium talium bonorum in eo continuetur ex ipſa juris diſpoſitione, *l. In ſuis, ff. de Liber. & poſthum.* & ideo vbi naſcitur, ipſo jure Suitatis, quam habet, rumpit teſtamentum patris, ſi in eo ſit præteritus; cùm per præteritionem non priuetur dicto dominio bonorum, & jure Suitatis, quod ex tunc habet, vt ſtatim à morte patris ſit illius hæres. In primo autem caſu, quo filius præteritus naſcitur poſt mortem patris, nunquam talis filius fuit in poteſtate patris, & ſic nunquam habuit Suitatem, ſed ſolùm potentiam ad illam, quatenus potuit naſci viuente patre: vnde ſolùm ratione talis potentiæ jus illi cōceſsit, vt gauderet priuilegio Suitatis, eſſetque hæres Suus, ac ſubinde teſtamentum rumperet, quemadmodum ſi viuo patre natus eſſet. Ita declarat Ant. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 1. num. 6.* & conſtat per text. expreſſum *in § Ita demum, verſ. Poſthumi, Inſtit. de Hæredit. quæ ab inteſt.*

167
Differunt ſecundò, quia in ſecundo caſu, licèt poſthumus præteritus teſtamentum ipſa agnatione rumpat, tamen ſi viuo patre moriatur, teſtamentum reconualeſcit de jure Prętorio, vt habetur *in l. Poſthumus, 2. in princip. ff. de Injuſt. rupt.* & latè declarat, relatis alijs, Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. ante num. 4.* ubi rectè aduertit, hoc procedere, ſiue in teſtamento ſint inſtituti venientes ab inteſtato ſiue extranei. In primo autem caſu, cùm poſthumus ſit natus poſt mortem, id locum non habet. Cui differentiæ non obſtat text. *in l. Quis uxorem, 15. ff. eod.* vbi habetur, quòd quando poſthumus præteritus naſcitur, patre apud hoſtes viuo, ſtatim rumpitur teſtamentum ante captiuitatem factum, neque conualeſcit etiamſi talis poſthumus priùs moriatur, quàm pater. Ad hoc enim facilè reſpondet Barthol. *in d. l. Poſthum. numer. 2.* quod talis poſthumus deceſſit poſt mortem fictam patris, qui cùm captus eſſet, pro mortuo habebatur; & ſic eadem

dem

Digitized by Google

dem de illo eſt ratio, atque de eo, qui deceſſit poſt mortem patris veram.

168 Utrum verò, quando filius præteritus natus erat tempore teſtamenti, conualeſcat ſimiliter teſtamentum, decedente ipſo filio in vita patris? Reſpondetur conualeſcere de jure Prætorio, ſi hæredes in eo ſcripti hæreditatem ab inteſtato capere poterant, vt habetur *in d. l. Poſthumus, in fine princip.* eſtque communis ſententia, quam cum Barthol. & alijs tradit Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. num 4.* & Mol. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 175. longè poſt med. verſ. de Iure Ciuili.* At ſi inſtituti ſint extranei,non conualeſcit teſtamentum, niſi pater declarauerit, ſe velle eum eo mori, quo quidem caſu valebit, vt notat Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili,cap. 16.* juxta text. *in l. pen §. vltim. ff. de Bonor. poſſeſſ. contr. tab.* Si autem quæras, quid cauſæ fuerit, vt quando poſthumus præteritus viuo patre teſtatore decedit, conualeſcat ſimpliciter teſtamentum, etiam ſi extranei in eo fuerint inſtituti;aliud verò ſit, quando filius præteritus, qui tépore teſtamenti natus erat, decedit viuo patre? Reſpondetur, cauſam eſſe, quia teſtamentum in quo poſthumus eſt præteritus, fuit à principio validum, vtpote quod illius natiuitate ruptum eſt: quælibet autem res facilè ad ſuam naturam, & primæuum ſtatum reuertitur. At verò quando præteritus eſt filius jam natus,teſtamentũ fuit ab initio nullũ, & ſic nõ ita facilè potuit reddi validũ. Sic Ant. Gom. *tom. 1. Var. cap. 11. ante num. 5.* & Mol. *diſp. 175. verſ. Poſthumus præteritus.*

169 Differunt tertiò, quia in ſecundo caſu, quanuis teſtamentum ſtatim nato filio rumpatur, attamen cùm pater adhuc viuat, non poteſt ſtatim à filio dici nullum, petive hæreditas ab inteſtato,cùm viuentis non ſit hæreditas, ſed expectari debet mors patris. At vero in primo caſu, cùm filius præteritus natus ſit poſt mortem patris, ſtatim poteſt dici teſtamentũ nullum, & auocari hæreditas ab hæredibus ſcriptis; cùm nihil tunc obſtet,quominus filius ſtatim jus ſuum proſequi valeat.

170 Tertius caſus quoad nepotes, & alios vlteriores deſcendentes, eſt, quando nepos natus poſt teſtamentum aui conceptus, vel natus eſt, viuente ipſo auo. Et in hoc caſu ſi præteritus ſit ab auo, & pater in medio non extet, rumpit agnatione teſtamentum aui, ſecus autem ſi pater extet,vel ille poſt aui mortem conceptus ſit. Tota reſolutio eſt certa, & procedit tam in nepote, quàm in quouis alio vlteriore deſcendente, qui præteritus ſit ab auo, vel atauo, &c. Quia in primis ſi talis poſthumus naſcatur, viuo aſcendente, à quo præteritus eſt; teſtamentum ejus rumpit, ſicut in ſuperiore caſu de filio dictum eſt, vt expreſsè habetur *in d. l. 3. in princ. ff. de Injuſt. rupt.* Conualeſcet autem tale teſtamentum,ſi ille viuente teſtatore moriatur; quia hic etiam procedit, quod *ſup. n. 167.* de filio dictum eſt, & eſt text. expreſſus *in d. l. Poſthumus, 12. in princip. ff. de Injuſt. rupt.*

Deinde, quod etiam hujuſmodi poſthumus præteritus rumpat teſtamentũ aui, ſi natus ſit poſt ejus mortem,expreſsè habetur *in d. l. 3.* Requiritur autem vt ſit cóceptus viuente ipſo auo; ſic enim habetur *in l. Si quis filio exhæredato, in princip. ff. de Injuſt. rupt.* ibi; *Sed hæc ita, ſi aui mortis tempore in vtero nepos fuit*; cujus rei optimam rationem reddit Ant Gom. *tom. 1. Var. reſol. c. 1. n. 9.* quia cùm non entis nullæ ſint qualitates, *l. Ejus qui in prouincia, verſ. Quoniam, ff. Si cert. pet. l. Pomponius, §. fin. ff. de Acquirenda poſſ. cum ſimil.* & iſte poſthumus nullo modo fuerit in rerum natura, quandiu auus vixit,ſicq; fuerit non ens,non poteſt reſpectu ipſius aui habere qualitatem Suitatis, agnationis, vel cognationis, ex qua ei debeatur ſucceſsio, qua denegata teſtamentum aui rumpere poſsit. 171

Tandem, quòd teſtamentum non rumpat, ſi pater ſit in medio, vel ipſe poſthumus cóceptus ſit poſt mortẽ aui, de cujus ſucceſsione agitur, indubitatũ etiam eſt: nam quando pater eſt in medio, rectè, eo inſtituto, prærerit auus nepotes, & alios vlteriores ejus deſcẽdentes, cùm pro forma, & valore teſtamenti ſatis ſit inſtitui liberos exiſtentes in priori gradu; *l.* 172

 Poſt-

Poſthumorum, ff. de Injuſto, rupt. §. Ita demum. Inſt. de Hæredit. quæ ab inteſt. defer. cum ſimilib. Quare nullo jure poteſt nepos, patre exiſtente in medio, rumpere teſtamentum aui, vt etiam habetur *d. l. Siquis filio exhæredato, in princip.* ibi; *Agnaſcendo quidem is rumpit, quem nemo præcedebat mortis tempore,* ideſt, tempore mortis teſtatoris, vt Gloſſa ibidem declarat. Item ſi conceptus ſit poſt mortem aui, ex dictis *num. præced.* liquet, non poſſe etiam ex eo capite rumpere illius teſtamentum.

173 Dices, hoc videri ſuperfluè additum; quia ſi nepos conceptus eſt poſt mortem aui, neceſſariò ejus pater viuus erat tempore mortis ipſius aui, vt patet. Sufficit autem patrem tunc temporis viuere, ad hoc vt nepos, & cæteri ejus liberi excludantur à ſucceſsione aui, & conſequenter, vt ejus teſtamentum rumpere nequeant, ſiue ante, ſiue poſt mortem illius cõcepti eſſent, vt ex dictis conſtat, & patet *ex d. l. Poſthumorum, ff. de Injuſto, rupt. & d. §. Ita demum, Inſt. de Hæred. quæ ab inteſt.* Nihilominus tamen, id non eſt additum ſuperfluè, inſeruit enim, vt intelligamus, quòd etiam in caſu, quo nepos conceptus poſt mortem aui natus ſit jacente, vel vacante hæreditate aui, teſtamentum ejus non rumpit, nec ad ejus ſucceſsionem ab inteſtato admittitur. Exemplum hujus caſus eſſe poteſt, quando auus deceſsit relicto filio hærede ex teſtamento; vel ab inteſtato, qui dum deliberaret de acceptanda hæreditate, genuit nepotem, & poſtea repudiauit hæreditatem: tunc ille nepos non poteſt ſuccedere auo ab inteſtato: ita exemplificat, & declarat Anton. Gom. *tom. 1. cap. 1. numer. 10.* poſt Ioan. Imol. *in d. l. Siquis filio exhæredato.* Aliud exemplum eſt, quando auus exhæredauit filium, & extraneum hæredem inſtituit; & mortuo auo, filius exhæredatus deceſsit, relicto filio nato, & concepto poſt mortem aui, & poſtea hæres ſcriptus repudiauit hæreditatem. Hoc etenim caſu hæreditas aui defertur ejus ſucceſſoribus ab inteſtato, non autem illi nepoti, eoquod poſt mortem aui cõceptus ſit: ita expreſsè habetur *in d. l. Siquis filio exhæredato, ff. de Injuſt. rupt. & al. juribus,* notatq; Ant. Gom. *vbi ſup.*

Aduerte autem, quod per hoc ſolùm 174
tollitur poſſe dictum nepotem ſuccedere auo ab inteſtato ex perſona propria, non autem ex perſona patris per viam tranſmiſsionis jure Suitatis, ſanguinis, aut deliberandi, vt probat text. *in l. Siquis filium, Cod. de Inoffic. teſtam. & in l. vnica, Cod. de His, qui ante aper. tab. & in l. Cum antiquioribus, Cod. de Iure deliber.* cæteraque jura, in quibus de tranſmiſsione agitur, & tradit Barthol. *in d. l. Siquis filio exhæredato, ff. de Injuſt. rupt.* Dinus *in l. Gallus, ff. de Liber. & poſthum. in magna diſtinctione, quam facit in ea l. in fine,* multique alij, quos latè refert eos ſequens Anton. Gom. *d. cap. 1. numer. 11.* vbi teſtatur de communi. Intereſt autem non parum, vtrum nepotes ſuccedant auo ex perſona propria, vel ex perſona patris, ſeu jure paterno; nam præter alios effectus diuerſos harum ſucceſsionum, ille eſt ſatis notabilis, quòd ſuccedens auo, ex jure paterno, tenetur ad debita paterna: ſecus autem ſi ſuccedat ex perſona propria, vt rectè aduertit Rojas *in Epit. ſucceſſ. cap. 6. num. 3.* eſtque indubitatum.

Illud denique pro nepotibus notan- 175
dum, quòd etiam nepotes viuo auo genitiquos pater tempore teſtamenti præceſſit, inſtitui debent ad vitandum periculũ teſtamenti rumpendi, ſi contingat eorum patrem viuo auo mori. Ita conſtitutum fuit per legem Velleiam, vt habetur *in l. Gallus, §. Nunc de lege, & ſeq. ff. de Liber. & poſth. in l. Poſthumi, in princip. ff. de Injuſto, rupto, & §. 2. Inſtit. de Exhæredat. liber.* Eſtque celeberrimum Galli conſilium, de quo *in d. l. Gallus;* cujus ratio patet; ſiquidem moriente patre, ſuperſtite auo, & nepotibus, incipiunt nepotes habere locum primum Suitatis reſpectu aui: hæredes autem Sui, quos nemo præcedit, ſi præteriti reperiantur, teſtamentum rumpunt, vt ex dictis conſtat, & patet ex *toto ferme tit. ff. de Liber. & poſthum. & ff. de Injuſto rupto.* Igitur, cùm contingere poſsit, & ſæpe contingat,

patrem mori ſuperſtitibus auo, & nepotibus, optimum conſilium eſt, vt auus inſtituto filio ei vulgariter ſubſtituat nepotes, quos ex eo habet, vel habiturus eſt; ne ſi filius ſe viuo moriatur, teſtamentum à nepotibus rumpatur: forma autem inſtituendi, ſeu ſubſtituendi nepotes, juxta dictum conſilium Galli, hæc eſt; *Si filius me viuo moriatur, tunc ſiquis mihi ex eo nepos ſiue neptis poſt mortem meam in decem menſibus proximis natus, nataue fuerit, hæredes ſunto.* Sic habetur *in d. l. Gallus, in princip.* Cæterùm non oportet his formalibus verbis hanc ſubſtitutionem fieri, ſed quibuſcumque alijs idem ſignificantibus fieri poteſt: nullo enim jure certa verba pro inſtitutionibus, vel ſubſtitutionibus poſtulantur, vt ſuis locis notauimus.

§. 4. *Vtrum quando liberi poſſunt dicere teſtamentum nullum ex cauſa injuſtæ præteritionis, vel exhæredationis, ſit teſtamentum ſimpliciter nullum, vel tantùm dependenter à voluntate, & declaratione ipſorũ liberorũ?*

SUMMARIUM.

PRima ſententia in hac quæſtione eſt, tale teſtamentum non eſſe ſimpliciter nullum, ſed ita demum, ſi filius præteritus velit dicere nullum, numer. 176. Iuxta hanc ſententiam poteſt inſtitutus in tali teſtamento ſtatim adire hæreditatem, eamque retinere, ſi filius præteritus non contradicat. Et quomodo id ſit intelligendum? num. 177.

Secunda ſententia eſt, teſtamentum eſſe ſimpliciter nullum, inſpecto jure Ciuili; at valere jure Prætorio, & dari filio præterito remedium contrà tabulas, vt poſſit illud reſcindere, num. 178. Hæc ſententia in effectu, nihil ferme diſcrepat à præcedenti. Et quid juxta illas dicendum ſit, ſi filius ſit præteritus in gradu inſtitutionis, & exhæredatus in gradu ſubſtitutionis? num. 179.

Tertia ſententia eſt, illud teſtamentum eſſe ſimpliciter nullum, tam ſpectato jure Ciuili, quàm Prætorio: ſi tamen à filio præterito poſt mortem patris approbetur, conualeſcere, & ſuſtineri de jure Prætorio. Et hæc ſententia cæteris præfertur, num. 180. & ſeq. Quid, ſi filius præteritus mere negatiue ſe habet, id eſt neque dicendo teſtamentum nullum, neque approbando, ſed tacendo ſimpliciter? num. 182.

Quocumque modo filius præteritus approbet teſtamentum patris, talis approbatio non ſolùm facit valere teſtamentum pro tempore ſequenti, ſed etiam vt retro videatur fuiſſe validum à principio, num. 183.

Si filius præteritus approbet teſtamentũ, in quo ſunt inſtituti, qui aliàs ſucceſſuri erant ab inteſtato, talis approbatio non reddit illud validum in eorum præjudicium: ſi autem eſſet præteritus, vel exhæredatus, inſertâ cauſâ legitimâ, illudque approbaſſet, nullum remedium ſupereſt dictis inſtitutis ad illud rumpendum, num. 184.

Vtrum conualeſcat teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, ſi ab eo approbetur viuente patre? num. 185.

Vt ratione approbationis filij præteriti teſtamentum conualeſcat, opus eſt vt filius non fuerit præteritus ex ignorantia teſtatoris neſcientis, ſe filiũ habere, niſi inſtitutus eſſet alius filius, n. 186.

Soluuntur fundamenta priorum duarum ſententiarum, num. 187. & ſeqq.

Bonorum poſſeſsio contra tabulas non ſolũ eſt remedium reſciſſorium, ſed etiam declaratorium, quòd teſtamentum fuerit nullum, num 190. & ſeq.

IAm verò pro omnibus ſupradictis caſibus, in quibus diximus, liberos injuſtè præteritos, vel exhæredatos poſſe ex ea cauſa dicere teſtamentum nullum, explicanda venit illa quæſtio ſatis vtilis, an tale teſtamentũ ſit ſimpliciter, & abſolutè nullum, vel ſolùm dependenter à voluntate, & declaratione ipſorũ liberorũ? Quare tres reperio principales ſententias. 176

 Pri-

Prima ſententia eſt, tale teſtamentum non eſſe ſimpliciter nullum, ſed ita demum ſi filius præteritus illud velit dicere nullum; atque adeo non niſi dependenter ab illius voluntate à jure irritari. Ita Gloſ. *in l. Filio præterito, 17. verb. Tuebitur, ff. de Injuſto rupto,* Gloſ. *in l. Scimus, in princip. verb. Ipſo jure, Cod. de Inoffic. teſtam.* Gloſ *in l. Si duo, in princip ff de Legat. præſt* multæque aliæ Gloſſæ, quas refert, nec reprobat Tiraquel. *in l. Si vnquam. verb. Reuertatur, num. 13. Cod. de Reuocand. donat.* vnde iſtam fuiſſe communem opinionem Gloſſarum ſentit Iaſ. *in l. fin. num. 23 & ſeq. C. de Bonor. poſſeſ. contra tab.* & ita etiam tenent Bald. *in l. 2. Cod. de Hæred. inſtit.* & *in l. Si conſtat, poſt princip. Cod. de Compenſat.* Angel. *in l. Ita tamen, §. Quoties, ff. Ad Trebel.* & multi alij, quos refert Tiraq. *vbi ſup* conſentit Menchaca *de Succeſſ. creat. lib. 2 §. 20. n. 140. verſ. Si vis tenere.* Probant per *d. l. Filio præterito, in fine, & per l. Maximum, §. Sancimus, Cod. de Liber. præter. pluraque alia jura;* quæ quidem non vrgent, vt infra conſtabit. Ratio verò hujus opinionis eſt, quia nullitas teſtamenti ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis injuſtæ, inducta eſt in fauorem liberorum, ad propulſandam ſcilicet eorum injuriam, *Authent. Vt cum de appellatione, § Hæc autem, verſ. Cæterùm,* ibi; *Injuriam præteritionis, & exhæredationis auferre.* Quando autem aliquid eſt inductum ipſo jure in fauorem alicujus, intelligitur, ſi ille velit tali jure vti, vt plurimis exemplis illuſtrat Tiraq. *vbi ſupra, num. 14. & ſeqq.* Neque enim inuito beneficium confertur, *l. Inuito, ff. de Regul. jur.*

177 Ex hac ſententia ſequitur, inſtitutum in teſtamento, in quo filius eſt præteritus, poſſe ſtatim adire hæreditatem, eamque retinere, licèt filius teſtamentum non approbet, ſed ſolùm taceat, etiam ex ignorantia; vt quia eſt abſens, & ignorat, patrē eſſe mortuum; ſiquidem tale teſtamentū quandiu à filio non impugnatur, non eſt nullū, & ſic non deſinit habere vim, vt ex illo poſsit adiri, & retineri hæreditas. Cæterùm ſi filius ex ignorantia taceat, tenebitur inſtitutus illi reſtituere legitimam, quam pater ei auferre non poterat, vtpote ipſo jure naturali, & poſitiuo illi debitam. Aliud verò erit, ſi ſcienter taceat; nam tunc tacitè videtur approbare ſuam præteritionem, & ſic ipſam etiam legitimam inſtituto remittere. Quod in omni ſententia procedit, per *d. l. Filio præterito, ff. de Injuſto rupto,* & magis ex infra dicendis conſtabit. Item, ſi filius præteritus dicat teſtamentum nullum poſtquam inſtitutus hæreditatem adiuit, non ſolum tenebitur inſtitutus illi reddere hæreditatem, ſed etiam fructus, quos ex illa percepit, quia cùm teſtamentum fuerit nullum dependenter à voluntate filij præteriti, vt à conditione de futuro; ſtatim vbi filius declarauerit, ſe velle illud eſſe nullum, retrotrahitur conditio, atque adeo, & ipſa nullitas, ad initium conditi teſtamenti, ex generali regula talium cōditionū, & ſic perinde habetur, acſi ſemper fuerit nullum: vnde nihil ex vi illius retineri poteſt ab inteſtato, cùm id, quod nullum eſt, nullum producat effectum.

Secunda ſententia eſt, dictum teſta- 178
mentum eſſe ſimpliciter nullum, inſpecto jure Ciuili, vt per *l. 1. ff. de Injuſto rupto,* ibi; *Nullius momenti,* & per *Auth. Vt cùm de appellat. §. Aliud quoque,* pluraque alia jura; et jure Prætorio valere: dari autem filio præterito remedium contra tabulas, per quod, ſi velit, poteſt ipſum teſtamentum reſcindere, & hæreditatem ab inteſtato adipiſci. Hanc ſententiam latè, relatis alijs DD. tuetur Menchaca *vbi ſup. verſ. Quid dicendum?* vbi plurimos textus pro ea adducit, quorum duo videtur præcipui, nempe text. *in d. l. Filio præterito, ff. de Injuſto rupto,* ibi: *Licèt ſubtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas teſtatoris ex bono, & æquo tuebitur,* id eſt, jure Prætoris rigorem juris Ciuilis moderante, & tex *in l. 2 in princ. ff. de Bon. poſſ. ſecundū tab.* vbi filius præteritus primo loco à Prætore admittitur ad bonorū poſſeſsionē contra tabulas: ſi verò nolit, aut non poſsit eam petere, ſuſtinetur voluntas teſtatoris, & datur hæredibus ſcrip-

Digitized by Google

ſcriptis bonorum poſſeſsio ſecundùm tabulis. Arguitur præterea pro hac ſententia, quia liberis præteritis datur remediũ poſſeſsionis contra tabulas, vt conſtat ex textu proximè allegato, & text. *in §. Eadem hæc, Inſtit. de Hæred. quæ ab inteſtato*, & alijs, quod remedium eſt reſciſſorium teſtamenti, *l. 1. in princip. ff de Legat. præſtan.* ibi; *Reſcindunt*, *l. Vt liberis, in princip* ibi; *Reſciſſo, Cod de Collat. l. Quod vulgo, ff de Bon. poſſ. contra tabul.* Quod autem eſt nullum reſcindi non poteſt, *l. Nam & ſi, ff de Injuſt. rupto*. Ergo teſtamentum quo liberi ſunt præteriti, non eſt nullum, vtique jure Prætorio; poteſt autem ab eis reſcindi per dictũ remediũ contra tab. ſi eo vti velint.

179 Hęc ſententia, licèt in modo dicendi multùm differat à præcedenti. Tamen in effectu nihil ferme ab ea diſcrepat; ſiquidem vtraque ponit dictum teſtamentum eſſe à principio validum, nec reddi nullum, niſi interueniente declaratione, vel petitione illius præteriti. Vnde juxta vtramque prædictam opinionem, ſi filius ſit præteritus in gradu inſtitutionis, & exhæredatus in gradu ſubſtitutionis, non excludetur inſtitutus à ſubſtituto, ſiue filius inſtitutionem impugnet, ſiue non; quia ſi eam non impugnat, manet valida etiam à principio, & ſic non impeditur inſtitutus, quominus ex ea poſsit adire hæreditatem: qua adita excluditur ſubſtitutus, ipſaque ſubſtitutio extinguitur, *l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit.* ſi autem illam impugnet, id facit ad ſuum tantùm commodum, ad propulſandam ſcilicet injuriam præteritionis, & hęreditatem ab inteſtato obtinendam; vnde tam inſtitutus, quàm ſubſtitutus manet excluſus. Vide quæ de hac re diximus *diſp. præced. ſect. 2. §. 26. præſertim, num. 416 & ſeq.*

180 Tertia ſententia, cui adhæreti, eſt illud teſtamentum eſſe ſimpliciter, & abſolutè nullum, tam ſpectato jure Ciuili, quàm etiam Prætorio: attamen ſi à filio præterito poſt mortem patris approbetur, conualeſcere, & ſuſtineri de jure Prætorio. Hanc ſententiam, quoad priorem partem, in qua tantùm eſt difficultas, tenent Gloſ. *in §. Sunt autem, verb. Contra tabul. Inſtit. de Bonor. poſſeſ.* Gloſ. *in l. fin. verb. Petita, Cod. de Bonor. poſſeſ. contr. tabul.* Gloſ. *in l. Si ita ſcriptum, §. fin. in Gloſ. finali, ff. de Liber. & poſthum.* Gloſ. *in l. Et ſi pepercit, §. fin. verb Filium, ff. eod.* Gloſ. *in l. Non putauit, §. Si quis emancipatum, verb. Iura, ff. de Bonor. poſſeſ. contr. tab.* & alię Gloſſæ, quas adducit Trentacinq. *tract. de Subſtitut. p. 1. cap. 19. num. 4. paulò ante finem*, vbi dicit hanc ſententiam eſſe veriorem: eandem tenet dicens eſſe communem, tam vltramontanorum, quàm citramontanorum, Iaſon *in l. Filio præterito, C de Bon. poſſeſ. contr. tab. n. 23. & 29. & in l. Si filius, qui in poteſtate, not. 1. ff. de Liber. & poſth.* & ibi Paul. Caſtr. Alex. & alij, Cuman. *in l. Gallus, §. Ille caſus, ff. de Liber. & poſth.* Guilliel. Bened. *in c. Raynutius, verb. Eodem teſtamento, n 84. & ſeqq. de Teſt.* Em. à Coſta *in d. l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, p. 3. num. 177.* Trentacinq. *de Subſtit. p. 1. cap. 19. num. 4. ad fin.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. num. 5.* & cæteri communiter, additque Trentacinq. *ſup.* ab hac opinione in judicando, & conſulendo nullo pacto eſſe recedendum: Fundamentum eſt, quia cùm apertiſsimè conſtet, dictum teſtamentum eſſe prorſus nullum de jure Ciuili, vt per LL. ſupra allegatas, non eſt ab hoc jure recedendum, niſi ſufficienter appareat eſſe correctum per jus Prætorium, vel aliquod aliud: nullibi autem talis correctio reperitur, vt conſtabit ex infra dicendis ad fundamẽta aliarũ opinionum: ergo dictũ teſtamentũ ſimpliciter, & abſolutè cenſẽdũ eſt nullũ, etiã ſpectato jure Prætorio.

Secunda pars prædictæ ſententiæ, quòd ſcilicet dictũ teſtamentũ conualeſcat de jure, vel æquitate Prætoria, ſi filius præteritus illud approbet, ab omnibus admittitur, per text. expreſſum, & capitalem *in d. l. Filio præterito, ff. de Injuſt. rupt.* ibi; *Ex bono & æquo tuebitur.* Vnde in tali caſu erit hæredi ſcripto neceſſaria bonorum poſſeſsio ſecundùm tabulas agnoſ- 181

agnoſcenda intra tempus illi conceſſum, & cum ejus ſolemitate, neque aliter poterit ſuccedere, vt bene aduertit Anton. Gom. *d. cap.* 11. *num.* 6. ſufficiet autem ad dictum effectum, non ſolùm approbatio expreſſa (quod eſt citra dubium) ſed etiam tacita, vt latè declarat Barthol. *in d. l. Filio præterito, num.* 28 & notat etiam Anton Gom *ſup.* & Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 175. *verſ. Siquis poſt mortem.* Quare ſi talis filius peteret, vel acceptaret, aliquod legatum ex eo teſtamẽto, vel aliud quidpiam ſimile faceret, talis approbatio ſufficiet; & multò magis ſufficiet, ſi faciat aliquem actum, quo oſtendat, ſe abſtinere ab hæreditate paterna, vt exprimitur *in d. l. Filio præterito.*

182 Quod ſi merè negatiuè ſe habeat, ideſt, neque dicendo teſtamentum nullum, neque illud approbãdo expreſsè, vel tacitè, ſed tacendo ſimpliciter; tunc quoque ſi per 30. annos taceat, præſcriptione excludetur, perinde acſi repudiaret, vt notat Barthol. *proximè citat.* quia paria ſunt, quem excludi repudiatione, vel tẽpore, *l.* 2. *§. Expectandi, ff. de Bonor. poſſeſſ. ſecundùm tab.* Sufficere etiam videtur, ſi per annum taceat, vt aduertit idem Barthol. juxta quandam Gloſſam, quam refert; quia Prætor tacentem per annum habet pro omittente, & conſequenter eſt locus edicto ipſius Prætoris, vt inſtituto in tali teſtamento detur bonorum poſſeſsio ſecundùm tabulas, juxta text. *in d. §. Spectandi.*

183 Quocumque autem modo filius præteritus approbet teſtamentum patris, tanta eſt vis talis approbationis, vt non ſolùm faciat valere teſtamentum pro tempore ſequenti, ſed etiam vt retro videatur fuiſſe validum à tempore quo fuit conditum, perinde acſi vitio præteritionis non laboraret, vt bene probat, & declarat Trentacinq *d. cap.* 19. *num.* 7. qui rectè hinc infert, fructus hæreditatis in tali teſtamento relictæ pertinere ad hæredem ſcriptum, non ſolùm à tempore quo filius præteritus declarauit, ſe acquieſcere teſtamento, ſed etiam à tempore mortis teſtatoris. Porro, ſi hæredi ſcripto datus eſſet ſubſtitutus vulgaris, à quo filius eſſet exhæredatus, non ſufficeret approbatio filij ad validandam inſtitutionem, à qua eſſet præteritus; & admitteretur ſubſtitutus, cujus quæreretur ſtatim poſt mortem teſtatoris, antequam filius inſtitutionem approbaret, vt latè cum alijs tradidimus, & declarauimus *diſp. præced. ſect.* 3 § 26.

Notandum hìc etiam, ſi in dicto teſ- 184
tamento ſint inſtituti qui aliàs ſucceſſuri eſſent ab inteſtato, non ſufficere dictam approbationem filij præteriti ad reddendum illud validum in præjudicium talium inſtitutorum; vt ſi eſſent inſtituti in minori portione, quàm quæ ab inteſtato eis eſſet obuentura. Nam tunc poſſunt dicere teſtamentum nullum, non obſtante approbatione filij præteriti, vt probat text. *in l. Poſt mortem, §. fin. ff. de Bon. poſſeſſ. contr. tab.* & tradunt ibi Gloſ. Barthol. & cæteri ſcribentes communiter. Quod etiam relatis alijs notat Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *num.* 6. & Mol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 175. *verſ. Tertium eſt.* Quando autem filius eſſet præteritus, vel exhæredatus, insertâ cauſâ legitimâ, ſi talis filius teſtamentum approbet, nullum remedium competit alijs filijs, vel ſucceſſoribus legitimis ad illud rumpendum, vel annullandum; quia tale teſtamentum eſt à principio validum, & ſolùm per querelam inofficioſi à filio præterito intentandam impugnari poteſt: vnde ſi ab eo approbetur, non ſolùm ipſe, ſed etiam reliqui manent deſtituti remedio ad illud infirmandum. Sic Anton. Gom. & Molin. *vbi ſup.* poſt Franciſc. Curt. *in l. Poſthumo nato, Cod. de Bonor. poſſeſſ. contr. tab. col.* 6. *num.* 26.

Si quæras, vtrùm etiam reddatur vali- 185
dum teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, ſi ab eo approbetur viuente teſtatore? Reſpondeo affirmatiuè cum Trentacinq *de Subſtitut. p* 1. *cap.* 19. *num* 7. per *d. l. Filio præterito, in fine, ff. de Injuſt. rupto* quæ licèt loquatur, quando filius approbat ſuam præteritionem poſt mortem patris, eadem tamen eſt ratio de approbatione in vita patris,

cùm

cùm injuria præteritionis pari modo, imò melius viuente ipſo patre, à quo eſt irrogata, remittatur. Vnde licèt inſtituto in tali teſtamento datus ſit ſubſtitutus vulgaris, à cujus gradu filius ſit legitimè exhæredatus, approbante ipſo filio gradum inſtitutionis, in quo eſt præteritus, inſtitutus ad ſucceſsionem admittetur, excluſo ſubſtituto; cùm is nullum jus acquiſierit ante mortem teſtatoris, (hæc enim ſemper inſpicitur circa acquiſitionem hæreditatis, *l. Si alienum*, §. *In extraneis*, *ff. de Hæred. instit.*) tempore autem mortis jam inſtitutio fuerit valida ob antecedentem approbationem filij, & ſit ſufficiens vt inſtitutus poſsit ex illa ſuccedere, & excludere ſubſtitutum: ſic Trentacinq *vbi ſup.* poſt Ripam *in l.* 1. *num.* 214 *ff. de Vulgari*, quando autem filius inſtitutionem approbaret poſt mortem patris, aliter dicendum eſt, vt jam ſupra notauimus.

186 Deniquè circa prædictam approbationem filij præteriti omnino aduertendum, quòd vt ratione illius teſtamentum conualeſcat, & hæres ſcriptus poſsit ex eo capere hæreditatem, opus eſt vt filius non fuerit præteritus ex ignorantia teſtatoris neſcientis ſe filium habere; quia ſi ſciret non inſtitueret alium: vnde inſtitutio, quam fecit, fuit illi inuoluntaria, & conſequenter non poteſt hæres ſcriptus ex vi illius hæreditatem capere; quia ſine voluntate defuncti, non poteſt inſtitutus illam habere, *l. fin ff. de Hæred. inſtit.* ſic Bald, *in l Sicut certi*, *Cod. de Teſtam. milit.* & alij ibid Nec obſtat *d. l. Filio præterito*, *ff. de Injuſto rupto*, imò id apertè confirmat; cùm ſolùm dicat, quòd approbante filio præterito teſtamentum ſuſtinebitur voluntas teſtatoris: in præſenti autem caſu talis voluntas deficit. Bene tamen hoc limitat Iaſon *in d. l. Sicut certi*, vt ſolùm procedat, quando inſtitutus eſt extraneus: nam ſi eſſet inſtitutus alius filius non cenſebitur inſtitutio inuoluntaria.

187 Ad fundamenta priorum duarum ſententiarum reſpondetur facilè. In primis ad text. *in d. l. Filio præterito*, qui pro vtraque adducitur, reſpondetur, ibi ſolū dici, quòd abſtinente filio præterito ab hæreditate, voluntas teſtatoris tuebitur: ex quo text. ſolùm probatur, quòd ſignificante filio per abſtentionem, vel alium actum, ſe acquieſcere ſuæ præteritioni, teſtamentum ſuſtinebitur, quemadmodū in ſecunda parte noſtræ ſententiæ citra controuerſiam admittitur; non autem quod teſtamentum non fuerit à principio ſimpliciter nullum, etiam ſpectato jure Prætorio.

Deinde ad rationem pro prima opinione adductam reſpondetur, quando aliquid eſt inductum ipſo jure in fauorem alicujus, non ſemper intelligi, ſi ille velit eo jure vti, ſed tantùm vbi ipſum jus id admittit; veluti in caducitate emphyteuſis ex cauſa commiſsi, quæ de jure intelligitur, ſi dominus velit emphyteutam excludere, *l.* 2. *Cod. de Iure emphyt*; *& in ſimilibus* In noſtro autem caſu id non admittitur in jure, imò ſatis apertè rejicitur, cùm expreſſum ſit, nullius momenti eſſe teſtamentum, in quo filius præteritur, *l.* 1 *ff de Injuſto rupto*: & licèt de rigore iſtius juris aliquid remiſſum ſit per jus Prætorium, attamen nullibi reperitur ſublatus, niſi tantùm quoad hoc, vt teſtamentum conualeſcat, ſi à filio approbetur, prout noſtra ſententia admittit. Atque id ſufficit, vt hic etiam locum habeat regula, *Inuito*, *ff. de Regul. jur.* 188

A d text. *in l.* 2. *in princip. ff. de Bon. poſſeſſ. ſecundum tab.* qui pro ſecunda ſententia offertur, reſpondeo; nihil ibi dici de valore, vel nullitate teſtamenti, in quo filius eſt præteritus, ſed ſolùm poni ordinem, qui de jure Prætorio ſeruari debet in petenda bonorum poſſeſsione, quando filio præterito competit contra tabulas, & hæredi ſcripto ſecundùm tabulas, vt nimirùm primo loco audiatur, & admittatur filius: ſi autem is nolit, aut non poſsit illud jus proſequi, tunc demùm eo excluſo admittatur hæres ſcriptus ſecundùm tabulas: ſunt enim caſus, in quibus, ſecundùm jus illorum temporum, non competit aliud remedium liberis præteritis ad excludendum hæredem 189

ſcriptum, niſi petitio poſſeſsionis contra tabulas, vt quando filius præteritus erat emancipatus, vel alia ratione extra poteſtatem patris; & in his caſibus habet propriè locũ ille ordo à Prætore conſtitutus, quia tunc ſtatim à principio valet teſtamentum mero jure, & ex illo competit hæredi ſcripto bonorum poſſeſsio ſecundùm tabulas: priùs autem quàm ad illam admittatur, datur locus filio præterito, vt poſsit teſtamentum expugnare per dictum remedium contra tabulas, & ſic hæredem ſcriptum excludere. Cæterùm etiam quando eſt præteritus filius, qui erat in poteſtate, locum ſuo modo habet prædictus ordo, etiam ſtando in noſtra, & communi ſententia, quòd teſtamentum fuerit à principio nullum, non tantùm ſpectato jure ciuili, ſed etiam Prætorio; quia tunc etiam primo loco admittitur filius, ſi velit dicere teſtamentũ nullum, vel petere poſſeſsionem bonorũ contra tabulas: deinde verò ſi ille abſtineat, vel alia ratione teſtamentum approbet, fit locus hæredi ſcripto, vt poſsit petere poſſeſsionem ſecundùm tabulas; quia per illam approbationem filij conualeſcit teſtamentum de jure Prætorio, vt ex illo poſsit hæres ſcriptus dictam poſſeſsionẽ petere; quemadmodum in communi ſententia admittitur. Unde nihil contra illam *ex d. l.* 2. efficaciter deducitur.

190 Denique ad argumentum, quod maiorem videtur habere vim ex eo, quòd filio præterito detur remedium poſſeſsionis contra tabulas, miſsis alijs reſponſionibus, quas affert Anton. Gom. *d. cap.* 11. *num.* 5. communis, & optima reſponſio eſt, bonorum poſſeſsionem contra tabulas, non ſolùm eſſe remedium reſciſſorium, ſed etiam declaratorium, quòd teſtamentum fuerit nullum; & ita non ſolùm dari ad rumpendum teſtamentum, vt in caſu quo præteritus eſt filius emancipatus (quo caſu teſtamentum eſt à principio validum, juxta antiqua jura, vt ſupra dictum eſt) ſed etiam ad dicendum illud nullum, vt in noſtro caſu, quando præteritus eſt filius, qui erat in poteſtate. Nec eſt nouum idem remedium, quod principaliter inuentum eſt ad reſcindendum, dari interdum ad declarandam nullitatem, vt videre eſt in exceptione, quæ licèt ſuâpte naturâ detur ad reſciſsionem, & excluſionem actus validi, tamen aliquando datur ad declarandam, nullam actionem competere, quo caſu dicitur exceptio intentionis; Barthol. *in l.* 1. *ff. de Except.* & idem cum proportione viſitur in remedio appellationis, vt communiter DD. admittunt.

191 Nec obſtat ſi dicas, quod *in d. §. Eadem hæc, Inſtit. de Hæredit. quæ ab inteſtato* pariformiter dici filios, qui erant in poteſtate, & emancipatos à Prætore vocari ad bonorum poſſeſsionem, ac proinde pari modo intelligi debere illud remedium reſpectu vtrorumque, vt nimirum quemadmodum eſt reſciſſorium reſpectu emancipatorum, tale etiam ſit reſpectu eorum, qui erant in poteſtate; ſiquidem vbi vna eſt verborum determinatio pariformiter debet determinare, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Reſpondetur enim, non eſſe inconueniens eandem determinationem diuerſimodè determinare, quando eſt diuerſa ratio in determinabilibus, vt per text. *in l. Cohæredi, §. Qui diſcretas, ff. de Vulgari:* notat Anton. Gom. *ſup.* In noſtro autem caſu ſatis conſtat, eſſe diuerſam rationem in filijs præteritis, qui erant in poteſtate, & emancipatis; vt proinde remedium quod his datur ad rumpendum, intelligatur dari illis ad dicendum teſtamentum nullũ.

§. 5. *Traduntur, & explicantur varij caſus, in quibus legitimè à parentibus conditur teſtamentum ſine inſtitutione liberorum.*

SUMMARIUM.

Si miles præterijt filium non ignorando; ſe illum habere, talis præteritio habetur pro exhæredatione, nec teſta-

tamentum ſubjaceat querelæ inofficioſi, ſecundùm jus antiquum; num. 192. Vtrum id hodie procedat ſpectato jure nouo Authenticorum; numer. 193. & ſeqq.

Iuris correctio eſt odioſa, & omnino vitanda; num. 195.

Correctio juris non inducitur per clauſulam, quæ poteſt operari alium effectum; imò licet alioqui nihil operetur? num. 196. fine

An miles filiusfamiliâs teſtando de bonis Caſtrenſibus, vel quaſi Caſtrenſibus, poſsit impune parentes præterire? numer. 198.

Licèt miles poſsit impune liberos præterire, & ſine cauſa exhæredare, tamen ipſi liberi petere poſſunt portionem legitimam; num. 199.

Si clericus habens deſcendentes, vel aſcendentes legitimos, eos prætereat, aut ſine cauſa exhæredet, non poteſt ab eis teſtamentum dici nullum, nec rumpi per querelam inofficioſi; numer. 200. & ſeqq. Contraria tamen ſententia eſt ſatis probabilis, & fortè probabilior; num. 204. cum ſeqq.

Filio conſentiente, jurive ſuo renuntiante, poteſt pater illum impune præterire, & exhæredare: & quomodo id ſit intelligendum? num. 207. & ſeqq.

Si filius conſentiat ſe præteriri in ipſo actu teſtandi, quando ſcilicet parens actu conficit teſtamentum, id ſufficit vt teſtamentum abſque ejus inſtitutione ſit inexpugnabiliter validum; numer. 208. Quomodo id ſtare poſsit, cùm pactum, quo filius futuræ ſucceſsioni renuntiat, ſit nullum? num 209. & ſeq.

Si filius ante confectum teſtamentum cõſentiat, ſe præteriri à parentibus, talis conſenſus non ſufficit, vt teſtamentum, illo non inſtituto, ſit validum; numer. 211. Si tamen tali conſenſui, ſeu renuntiationi accedat juramentum ipſius filij, ei non contraueniendi, firmũ & inexpugnabile euadet teſtamentum; num. 212. Vtrum id procedat in hoc Regno Luſitaniæ, & in alijs, vbi ſtrictè cauetur, ne quis in contractibus tale juramentum interponat? num. 213. & ſeqq.

Vtrum leges vetantes interponi juramentum in contractibus procedant etiam in ijs, qui ſecluſo tali juramento non valent, aut ſunt infirmi? num. 214. cum ſeqq.

Vtrum, ſi filius poſt confectum teſtamentum paternum, in quo eſt præteritus ipſi præteritioni conſentiat, talis conſenſus ſufficiat, vt teſtamentum ſit validum? num. 218. & ſeqq.

Si filius ſuæ præteritioni, vel exhæredationi conſentiat, paciſcendo, non cum ipſo teſtatore, ſed cum alio tertio, cujus intereſit, eum non ſuccedere, vt cum fratribus, tale pactum eſt validum ſimpliciter, dummodo fiat conſentiente ipſo teſtatore, & in tali conſenſu vſque ad mortem perſeuerante; num. 221. Et in tali caſu firmum euadet teſtamentum paternum abſque illius filij inſtitutione; num. 222.

Qui validè renuntiauit hæreditati paternæ, cenſetur extraneus reſpectu patris; ibidem.

Si pater inſtituat filium, qui renuntiauit ejus hæreditati per pactum de non ſuccedendo, recuperat filius jus ſucceſsionis, Suitatis, & tranſmiſsionis, quæ per illam renuntiationem amiſerat; ſecus autem ſi renuntiatio eſt facta per pactum de ſuccedendo, quale eſt, quod ſit cum alio tertio, & non cum eo, cui ſuccedendum eſt; num. 223.

Conſenſus filij præteriti nunquam erit ſufficiens ad validandum patris teſtamentum, niſi pater filium ſcienter præterijſſet; num. 224.

In quibus caſibus conſenſus filij præteriti facit valere teſtamentum patris, & aliorum aſcendentium, in quo eſt præteritus; in ijſdem etiam conſenſus aſcendentium præteritorum facit valere teſtamentum deſcendentium, qui aſcendentes præterierunt; num. 225.

Minùs probabilis cenſetur opinio Baldi exiſtimantis valere pactum aſcendentium de non ſuccedendo deſcendentibus, quamuis juratum non ſit; num. 226.

Aſ-

Aſsignantur modi, quibus pater vel mater plures filios habens poſsit efficere, vt aliquis eorum habens teſtandi facultatem liberè poſsit diſponere de ſuis bonis in præjudicium aliorum filiorum, num. 227. & ſeqq.

Quando quis ſolùm conſentit, ſe præteriri, vel exhæredari, non renuntiando ſimpliciter ſucceſsioni, talis renuntiatio non trahitur ad ſucceſsionem ab inteſtato, num. 230.

Quando filius datus eſt in adoptionem auo materno, vel alteri aſcendenti in cujus poteſtate non erat, amittit reſpectu patris omne jus ſucceſsionis, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato; & ſic impune ab eo præteriri poteſt dummodo talis adoptio ante mortem patris diſſoluta non ſit. Et idem eſt quando filius à patre emancipatus ſe alieri in arrogationem dedit, num. 231.

Teſtamentum ad pias cauſas valet quamuis liberi in eo ſint præteriti, ſub d. numer. 231.

Quando liberi ſunt indigni, qui ad parentum hæreditatem admittantur ob aliquam cauſam in jure approbatam, legitimè poßunt exhæredari, num. 232.

QUamquam leges magnopere caueant, ne liberum ſit parentibus liberos præterire, vel exhæredes facere, multi tamen ſunt caſus, in quibus id permittitur, & legitimè conditur teſtamentum abſque liberorum inſtitutione: idque non ſolùm, quando ſunt incapaces capiendi ex teſtamento, ſed etiam quando ſunt capaces, & legitimè poſſent inſtitui. Hos ergo caſus in præſenti trademus, & explicabimus.

192 Primus caſus eſt, quando teſtator eſt miles priuilegijs militaribus gaudens, & non ignorat ſe habere filium, quem in teſtamento præterit. Tunc enim ea præteritio pro exhæredatione habetur, & cenſetur tacita exhęredatio; quæ licèt in teſtamento pagani non admitratur, nec ſufficiat vt teſtamentum ſit validum, ſecùs eſt in teſtamento talis militis, vt expreſſè habetur *in §. Si in expeditione, Inſt. de Exhæredat. liber. & in l. Sicut certi, & l. ſeq. Cod. de Teſtam. milit.* & notant ibi omnes. Nec tale teſtamentum ſubjacet querelæ inofficioſi, *l. Papinianus*, 8. *§. Papinianus, fine*, & ibi Glos. *ff. de Inoffic. teſtam. l. fin. Cod. eod. tit.*

Dubiæ autem quæſtionis eſt, vtrùm id hodie procedat, ſpectato jure nouo *in Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & §. Siue igitur, verſ. Sancimus*, vbi ſtrictè cauetur, non licere liberos, vel parentes præterire, aut exhæredare, præterquam in certis caſibus, & ſi id fiat teſtamentum eſſe nullum, aut querelæ inofficioſi ſubjacere. In hac igitur quæſtione negantem partem tuetur Gloſ. *in d. l. fin. verb. Teſtamenta, Cod. de Inoffic. teſtam.* Couar. *in cap. Quia nos, numer. 7. de Teſtam.* vbi alios refert, qui dicunt hanc eſſe communem ſententiam. Pichard. *in d. §. Sed ſi in expeditione, numer. 5.* qui alios etiam refert, & Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 231. ad finem*: adducitur etiam pro hac parte Barthol. *in l. Filio præterito, numer. 22. ff. de Injuſto rupt. & in Auth. Ex cauſa, num. 13. Cod. de Liber. præter.* quatenus dicit teſtamentum filij de bonis Caſtrenſibus, ſi patrem prætereat, eſſe nullum; & ſi injuſtè illum exhæredet, ſubjacere querelæ inofficioſi, per dictum jus nouum *in Auth. Vt cum de appellat.* quamquam aliud eſſet de jure antiquo.

Probatur hæc ſententia primò, ex text. 194 *in d. §. Aliud quoque capitulum*, ibi, *Sancimus non licere penitus præterire, vel exhæredare*, vbi dictio, *Penitus*, omnem exceptionem, & jus contrarium excludit. Secundò, ex text. *in d. §. Siue igitur, verſ. Sancimus*, vbi ſtatuitur, ſi filij teſtando de bonis, in quibus habent facultatem, parentes prætereant, aut ſine cauſa exhæredent, teſtamentũ eſſe nullum, aut ſubjacere querelæ inofficioſi. Vnde cùm filij ſolùm de bonis Caſtrenſibus, aut quaſi Caſtrenſibus permittantur teſtari, idque maximè locum habeat in militibus, conſequens eſt, quòd hodie, etiam teſtamẽtum militum erit nullum, aut ſubjacebit que-

querelæ, ſi parentes prætereant, aut exhæredent, contra formam *in d. Auth.* præſcriptam. Idemque erit, ſi liberos prætereant, vel exhæredent, quia *in d. Auth.* non minùs, imo magis intenditur excludi præteritio, & exhæredatio deſcendentium, quàm aſcendentium.

195 Contrariam tamen partem, quòd ſcilicet etiam hodie non poſsit dici nullum, nec ſubjiciatur querelæ inofficioſi, teſtamentum militis, qui ſcienter filium præterijt, ſuſtinent meritò Panorm. *in d cap. Quia nos, num. 4. de Teſtam.* Imola *in d. l. Filio præterito, num. 35. ff. de Injuſto rupto.* Roman. & Iaſ. *in l. Sicut, col. pen. Cod. de Teſtam. milit.* & Viglius *in §. Sed ſi, Inſt. de Exhæredat. liber.* Quia correctio juris antiqui non eſt admittenda, niſi apertè appareat, illud eſſe correctum per jus nouum, ſeu poſterius, vt omnes facilè concedunt; cùm juris correctio ſit odioſa, & omnino vitanda, *l. Præcipimus, Cod. de Appellat.* in d. autem jure nouo non apparet ſufficienter correctum ibi eſſe jus antiquum, quo militibus ſpecialiter conceditur, vt eorum teſtamenta non poſsint dici nulla, nec rumpi ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis liberorum. Nam *in d. Auth.* juris noui, ſolum generaliter ſtatuitur, non licere aſcendentibus præterire, vel exhæredare deſcendentes, nec deſcendentibus aſcendentes: per diſpoſitionem autem generalem, non derogatur ſpeciali, ſed è contra, juxta regulam, quòd generi derogatur per ſpeciem, *cap. Generi, de Regul. jur. num. 6.* quæ procedit, etiam quando lex ſpecialis eſt antiquior generali, vt latè cum Barth. & alijs declarat Menoch. *de Præſumpt. lib. 6. præſumpt. 38. num. 17. & ſeqq.* ferme in ſpecie à nobis traditum eſt, *diſp. præced. ſect. 6. §. 3. num. 1007.* Ergo intelligi non debet, correctam fuiſſe per dictum jus nouum illam ſpecialem conceſsionem juris antiqui militibus factam.

196 Neque obſtant textus d juris noui, qui pro priori ſententia inducuntur. Nam ad text. *in d. §. Aliud quoque capitulum,* reſpondetur, illam dictionem, *Penitus,* non oportere intelligi, vt etiam comprehendat milites: quia formalia verba illius tex. ſunt. *Sancimus non licere penitus patri, vel matri, auo, vel auiæ, proauo, vel proauiæ, ſuum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento.* vbi ex ipſo dicendi modo ſatis apparet illam dictionem, *Penitus,* ſolùm poni ad augendam prohibitionem reſpectu perſonarum, quibus antea, non adeo ſtrictè prohibitum erat liberos præterire, vel exhæredare, vt nimirum, non ſolùm pater, & alij aſcendentes maſculi lineę paternæ, ſed etiam mater, & cæteri aſcendentes materni omnino, & pari modo deinceps prohiberentur liberos præterire, vel exhęredare contra formam in d. jure nouo præſcriptam; non autem poni ad extendendam prohibitionem ad perſonas, quibus antea ratione ſpecialis qualitatis peculiari priuilegio indultum erat, vt poſſent impune liberos præterire, vel exhęredare; cujuſmodi ſunt milites. Nam ad hoc vt tales etiam perſonæ comprehenderentur, oportebat fieri ſpecialem eorum mentionem, vel ſaltem poni talia verba, ex quibus citra dubium appareret, ad illas etiam prohibitionem extendi, earumque priuilegium reuocari: quod certè ex verbis prædicti textus non apparet. Adde, quòd correctio juris non inducitur per clauſulam, quæ poteſt operari alium effectum: cùm talis correctio ſit valde odioſa, & ſic nunquam inducenda quando aliud poteſt intelligi: in præſenti autem ſatis ex prædictis liquet, dictionem, *Penitus,* aliquem effectum operari. Quin etiam vult Sanch. *lib. 2. de Matrim. diſp. 11. num. 23.* cum Aymon *conſil. 159. num. 2.* Guetier. *lib. 3. Practicar. q. 15. num. 35.* & alijs, correctionem inducendam non eſſe, quamuis clauſula nihil operetur.

Ad alium text. *ex d. §. Sine igitur,* 197
verſ. Sancimus, facilior eſt reſponſio. Quia ibi ſolùm agitur de filijsfamiliâs teſtantibus de bonis Caſtrenſibus: nos autem loquimur de militibus habentibus ſimpliciter facultatem teſtandi, id eſt tam de bonis acquiſitis occaſione militiæ, quàm

quàm de quibuſuis alijs; qui proinde non debent intelligi comprehenſi in d. textu de ſolis filijs agente; maximè cùm juris correctio, quæ per talem comprehenſionem induceretur, ſit odioſa, & reſtringenda, vt ex dictis conſtat. Præterea quia in illo textu ſolùm excluditur priuilegiũ, quod antea conceſſum erat filijsfamiliâs ratione qualitatis illorum bonorum (eis enim concedebatur, vt abſque metu querelæ teſtari poſſent de Caſtrenſibus, & quaſi Caſtrenſibus *l. vltim. Cod. de Inoff. teſtam. & l. vltim. Cod. Qui teſtam. facere poſſ.*) priuilegium verò, de quo hic agimus, vt milites poſsint impune liberos præterire, & exhæredare, fuit illis conceſſum ratione qualitatis ſuarum perſonarũ (nempe militiæ) abſque reſpectu ad qualitatem bonorum, quod eſſent, vel non eſſent Caſtrenſia. Excluſo autem priuilegio bonorum, non oportuit excludi etiam priuilegium perſonarum, vt per ſe liquet. Unde licèt Barth. in locis pro priori ſententia allegatis meritò dicat, quòd hodie filijsfamiliâs teſtantes de Caſtrenſi, aut quaſi Caſtrenſi peculio, ſi patrem prætereant aut injuſtè exhæredent, teſtamentum eſt nullum, aut ſubjacet querelæ per d. jus nouum, nihil per hoc contra hanc ſecundam ſententiam dicit, nec quidquam pro prima facit; cùm ſolùm probet, reuocatum eſſe priuilegium filijsfamil. conceſſum ratione qualitatis illorum bonorum; quod in hac ſecunda ſententia non negatur, neque illi obeſt.

198 Si autem filiusfamiliâs ſit miles, cùm illud aliud priuilegium conceſſum militibus ratione qualitatis perſonarum, juxta dictam ſecundam ſententiam reuocatum non ſit; dubitari non immeritò poteſt, vtrùm talis filius teſtando de Caſtrenſibus, aut quaſi Caſtrenſibus, poſsit ex eo priuilegio patrem impune præterire, & exhæredare, ſicut miles, qui filiusfamiliâs non eſt. Ratio dubitandi pro parte affirmatiua eſt ſatis aperta; ſiquidem illud priuilegiũ eſt conceſſũ ſimpliciter militibus, qui teſtari poſſunt: ergo cũ ille filius ſit miles, & teſtari poſsit de Caſtrenſibus, & quaſi Caſtrenſibus, conſequens eſt, vt teſtando de illis poſsit eo priuilegio vti, & ſic impune patrem præterire, & exhæredare. Nihilominus tamen cõtrarium videtur dicendum, quia filiofamiliâs militi non eſt conceſſa facultas teſtandi ratione militiæ, & qualitatis ſuæ paternæ; nam militia non liberat à patria poteſtate, *l. Maritus, Cod. de Patr. poteſt.* dum autem eſt in poteſtate patris comprehenditur in illa generali regula, quòd filius in poteſtate, etiam patre conſentiente, teſtari non poteſt, *l. Qui in poteſtate, ff. de Teſtament. l. Tam is, §. 1. ff. de Donat. cauſâ mort. l. 3. §. 1. Cod. Qui teſtament. fac. poſſ.* nullibi enim in jure ab ea regula milites repeniuntur excepti, nec ob militiam ab illa poſſumus recedere, vt bene Valaſc. *tom. 2. conſult.* 108. *ſub num.* 21. Quod etiam tenet EnenKelius, quem refert, & ſequitur Diana *tom. 7. tract. 6. reſol.* 60. contra Hunnium, quem *ibidem citat.* Unde licèt de bonis Caſtrenſibus, & quaſi Caſtrenſibus teſtari poſsit, eam facultatem habet ex ſolo priuilegio talium bonorum, quemadmodum quilibet alius filiusfamiliâs pubes; qui miles non eſt. Cùm igitur hoc priuilegium jam hodie per dictum jus nouũ ſit limitatum, vt filij, qui ex eo habent facultatem teſtandi in illis bonis, ſi parentes prætereant, aut exhæredent non ſeruatâ formâ dicti juris noui, eorum teſtamentum ſit nullum, aut querelæ ſubjaceat, *d. §. Siue igitur*, conſequens eſt, vt etiam in filijsfamiliâs militibus id locũ habeat, ſicut in ijs, qui milites non ſunt.

Illud etiam notandum, quod ſtando in 199
prædicta ſecunda ſententia principali, quam potiorem judicamus, licèt teſtamentum militis, qui ſcienter liberos præterijt, aut ſine cauſa exhæredauit, non poſſit dici nullum, nec rumpi per querelam inofficioſi; attamen ipſi liberi præteriti, vel iniquè exhæredati petere poſſunt portionem legitimam, vt bene cum alijs aduertit Couar. *in d. cap. Quia nos, num. 2. de Teſtament.* quia priuilegium, quo militibus indulgetur, vt eorum teſtamenta ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis impugnari non poſsit, non pugnat

cum

cum jure, quod liberi ex ipſa lege naturæ, atque ex jure poſitiuo habent ad legitimam, quæ loco alimentorum illis aſsignata eſt; rectè namque ſtare, & intelligi poteſt, quod illa teſtamenta ſuſtineantur, & nihilominus legitima filijs debeatur. Ergo per illud priuilegium non tollitur jus filiorum ad legitimam ſibi aliàs debitam; proindeque illam petere poſſunt, licèt teſtamentum, in quo ſunt præteriti, vel iniquè exhæredati, fuerit validum, & immune à querela.

200 Secundus caſus eſt, quando teſtator eſt clericus: licet enim habeat deſcendentes legitimos, eoſque in teſtamento prætereat, aut ſine cauſa exhæredet, non poteſt teſtamentum dici nullum, nec rumpi per querelam inofficioſi: Ita Panorm *in cap. Quia nos, num. 4. de Teſtam.* Corn. *in Auth. Ex cauſa, Cod de Liber. præter. num. 33. & 46.* vbi hanc ſententiam dicit communem, Bald. Angel. Paul. Caſtr. & alij quos refert Couar. *in d cap. Quia nos, num. 7. de Teſtam.* vbi etiam teſtatur de communi, Iacobin. *in l. 1. numer. 7. ff. de Inoffic. teſtam.* dicens eſſe notandum; Valaſc. *tom 2. conſult.* 108. *num.* 11. vbi loquitur de filijsfamiliâs clericis teſtantibus de ſuo peculio Caſtrenſi, vel quaſi, Auguſtin. Barboſ. *in Collectan. ad d. cap. Quia nos*, & latè Marc. Anton. Genuenſis, *in Pract. Eccleſiaſt. q* 361. qui omnes loquuntur, non ſolùm ſecundùm jus antiquius, ſed etiam ſpectato jure nouo, *in d. Auth. Vt cum de appellat.* de quo in ſuperiori caſu loquuti ſumus, quod videbatur eſſe contra: atque eandem ſententiam tenet Gloſ. Accurtij *in Authent. Perſbyteros, 2. verb. Ferant, Cod. de Epiſc. & cleric.* eſſeque in praxi ſequendum tradit nouiſsimè Fragoſ. *p.* 3. *lib.* 5. *diſp.* 8. *de Teſtam. §. 2. num.* 84. *fine*, qui alios pro hac ſententia adducit.

201 Probari ſolet hæc ſententia primò, quia *in d. c. Quia nos, de Teſt.* ſtatuitur clericos poſſe liberè diſponere de omnibus ſuis bonis, quæ ratione beneficij Eccleſiaſtici acquiſita non ſunt: diſpoſitio autè, ſeu teſtamentum liberum intelligitur, quod querelam inofficioſi non admittit, vt ex *l. Filiam tuam, Cod. de Inoffic. teſtam.* notat Bald. *ibidem.* Secundo, quia ſi hoc conceditur militibus ſæcularis militiæ, vt in ſuperiori caſu vidimus, maiori jure intelligi, debet conceſſum eſſe clericis, qui ſunt milites Dei. Tertiò denique quia *in l. Cum lege, C. de Epiſc. & cleric.* ſancitur, clericos habentes peculium quaſi Caſtrenſe, non ſolùm poſſe in eo teſtari, ſed etiam tale teſtamentum non ſubjacere querelæ de inofficioſo: ex quo textu ſpeciatim probatur, clericos, qui adhuc ſub patria fuerint poteſtate, licèt alias teſtari non poſsint ex generali regula, quod ij, qui ſunt in poteſtate, neque de conſenſu patris teſtari permittuntur, *l. Qui in poteſtate, ff. de Teſtam.* tamen ſi habeant peculium quaſi Caſtrenſe, liberè ſeu abſque metu querelæ in eo teſtari poſſe.

Quod ſi opponas, id non eſſe ſpeciale in clericis, ſed omnibus, qui eſſent ſub patria poteſtate, generaliter fuiſſe conceſſum, vt ſi haberent peculium quaſi Caſtrenſe, in eo teſtari poſſent abſque metu querelæ, *l. vlt. Cod. Qui teſtam. facere poſ.* Verùm jam hodie id eſſe correctum in *d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siue igitur, verſ. Sancimus*, vbi generaliter ſtatuitur, quòd filijs teſtantibus de bonis, in quibus habent licentiam (ideſt, de Caſtrenſibus, vel quaſi Caſtrenſibus) ſi parentes præteteant, vel ſine cauſa exhæredent, teſtamentum ſit nullum, vel per querelam annullari poſsit: ex quo textu probauimus, *ſup. num.* 298. teſtamentum filijsfamiliâs, etiam militis, teſtantis de Caſtrenſi, vel quaſi Caſtrenſi peculio, ſubjacere dictæ querelæ, licèt per jura antiquiora, ob ea eſſet immune, & ſic idem videri ſtatuendum in teſtamento filijsfamiliâs clerici, cui ex generali priuilegio illius peculij in eo teſtari permittitur, ſicut cæteris, qui ſunt in poteſtate. 202

Certè hoc argumentum magnam apud me vim habet. Nihilominus tamen reſpond̄eri poteſt, quòd facultas teſtandi in peculio quaſi Caſtrenſi abſque metu querelæ, habet ſpecialitatē in clericis, propter quam non debet intelligi ſublata 203

per illam generalem ſanctionem *d. Auth. Vt cum de appellat. in d. verſ. Sancimus.* Specialitas eſt, quod illa facultas eſt conceſſa clericis, non tam ratione qualitatis bonorum, eoquod eſſent Caſtrenſia, quàm ratione clericatûs, & in fauorem illius, vt apertè colligitur ex *Auth. Presbyteros*, 2. *Cod. de Epiſc. & cleric.* vbi omnibus clericis indulgetur, vt poſsint teſtari de omnibus ſuis bonis poſt clericatum acquiſitis, ad ſimilitudinem Caſtrenſium peculiorum. In quo textu conſidero dicta bona clericorum non fieri quaſi Caſtrenſia ob aliquam eorum qualitatem ex modo, vel titulo quo fuerunt acquſita, vt quod fuerint acquiſita ex aliquo officio publico, vel ex donatione Regis, aut Principis, vt in cæteris contingit; ſed ſolùm ex eo quòd fuerint acquiſita per clericũ, & quòd id cedat in fauorem clericatûs: vnde, quod clericis indultum ſit, vt in eis teſtari poſsint, licèt ſint filijſfamiliâs, ad peculiarem fauorem ipſorum clericorum ſpectat, cum nullis alijs filijsfamiliâs, etiam militibus, tale quid indultum ſit, ad quod aduertens Roderic. Suar. *in quæſt. maioratus, num.* 34. cum Paulo de Caſtro *in l. Sacroſanctæ. Cod. de Epiſc. & cleric.* firmat, clericos eſſe magis priuilegiatos, quàm milites; ſiquidem milites filijſfamiliâs ſolùm poſſunt teſtari de acquiſitis in caſtris, vel occaſione militiæ *l. penult. & fin. Cod. Qui teſtament. facere poſſ.* clerici verò etiam de aliunde acquiſitis, quàm intuitu clericatûs, vt de Aduentitij, & alijs. Cum autem facultas teſtandi in Caſtrenſi, vel quaſi Caſtrenſi peculio annexam habuerit immunitatem à querela inofficioſi, vt per *d. l. Cum lege, Cod. de Epiſc. & cleric. l. fin. Cod. de Inoffic. teſtament. & d. l. vltim. Cod. Qui teſtam. fac. poſſ.* inde eſt, vt dictus ſpecialis fauor, quo clericis conceſſum eſt, poſſe teſtari de omnibus ſuis bonis poſt clericatũ acquiſitis, quaſi eſſent Caſtrenſia, ad illam etiam immunitatem à querela extenderetur. Et ſic illa quoque immunitas in clericis rationem ſpecialis fauoris, & priuilegij participat, vt non debeat intelligi ſublata per dictam generalem ſanctionẽ, *d. Auth. Vt cum de appellat. in d. verſ. Sancimus.* Adde clericorum priuilegia non debere de facili intelligi excluſa, vel correcta per jus Ciuile, à quo clerici adeo ſunt immunes.

Cæterùm licèt prædicta reſolutio ſit 204
communis, & ex adductis fundamentis ſufficienter videatur conſtare, non eſt tamen adeo conſtans & certa, vt contraria non ſit ſatis probabilis, & fortè probabilior, ac bonos etiam habeat patronos; qui tenent, etiam teſtamenta clericorum, quantumuis teſtati ſint de bonis quaſi Caſtrenſibus, & poſt clericatum acquiſitis, ſubjacere hodie querelæ inofficioſi, & poſſe dici nulla, ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis injuſtæ per *dict. jus nouum in Authent. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & §. Siue igitur, dict. verſ. Sancimus.* Cui ſententiæ ſe non inuitum accedere, quamuis oppoſita creberrimè à DD. aſſeratur, fatetur Couar. *in d. c. Quia nos, n. 7. de Teſt.* vbi pro eadem refert Barbat. & Salic. Pro illa etiam ſtant Menchac. & Azeu. relati à Fragoſo pro priori ſententia allegato.

Eam etiam tenet acriter Molin. *tom.* 1. 205
de Iuſtit. diſp. 231. *ad finem*, vbi facili negotio excludit duo priora fundamenta communis reſolutionis *num.* 201. adducta: ac primum quidem petitum *ex d. cap. Quia nos*, nullius momenti eſſe affirmat; ait enim, ſenſum illius textus eſſe, clericum non prohiberi teſtamentum facere, niſi tantùm de bonis ex Eccleſia acquiſitis. Ad ſecundum dicit, etiam teſtamentum militis ſubjacere hodie querelæ, & poſſe dici nullũ ex cauſa præteritionis; & ita ceſſare illud argumentum à militibus ſæcularibus deſumptum. Meliùs autem reſpondere poſſet, in materia teſtamentorum non valere argumentum à militibus ad clericos: nam milites multò plura & ampliora habent priuilegia circa ſua teſtamenta, quàm clerici, vt eſt notiſſimum. Tertium quoque petitum ex *d. l. Cum lege*, facilè etiam excludi poteſt, dicendo eam legem, & alias ſimiles, quibus immunitas à querela concedebatur teſtantibus in Caſtrenſi,

vel

vel quaſi Caſtrenſi peculio, correctas eſſe per d. jus nouum *in dict. verſ. Sancimus.*

206 Quocirca ego etiam huic ſententiæ non inuitus accederem: verùm propter authoritatem DD. & quia non omhino juris fundamento deſtituitur, traditam communem reſolutionem ſuſtinendam cenſeo; eo tamen cum temperamento, quod illius Aſſertores communiter adhibent, ut ſcilicet parentes, vel deſcendentes à clericis injuſtè præteriti, vel exhæredati, ſuam portionem legitimam petere poſsint, vt *ſup. numer.* 199. in ſimili de militibus dictum eſt, & notat Couar. *in d. cap. Quia nos, numer. 7. de Teſtament.* Id quod efficaciter firmatur ex *d. Auth. Perſbyteros,* 2. ibi; *Sit tamen, vt horum filij, aut his non exiſtentibus parentes, eorum legitimam ferant partem.* Ubi Gloſ. *verb. Ferant,* expònit hanc legitimam eſſe petendam per condictionem ex hac lege, non verò per querelam inofficioſi.

207 Tertius caſus eſt, quando filius conſentit ſe præteriri, vel exhæredari, renuntiando juri, quod habebat vt pater teſtamentum condens eum inſtitueret. Tunc enim abſque illius filij inſtitutione poteſt valere teſtamentum, itaut non poſsit dici nullum, nec per querelam rumpi. Ita communiter DD. vt ex infra citandis conſtabit. Et probatur facilè reſolutio, ſic indiſtinctè, & in terminis de poſsibili accepta. Nam filius, qui legitimè, & efficaciter renuntiauit hæreditati paternæ, vel juri, quod habebat, vt à patre teſtamentum condente inſtitueretur, cenſetur extraneus reſpectu talis teſtatoris, cùm perinde careat jure, vt ab eo inſtituatur, & ad hæreditatem admittatur, acſi eſſet extraneus: atqui dicta renuntiatio legitimè, & efficaciter poteſt fieri, vt eſt indubitatum, & infra declarabitur: ergo, eo ſic renuntiante, poteſt pater validè, & inexpugnabiliter teſtamentum condere, abſque illius inſtitutione, quemadmodum ſi eſſet extraneus. Ut autem explicemus, quando dicta renuntiatio, & conſenſus filij eſt efficax & ſufficiens, vt præteriri, & exhæredari poſsit, diſtinctione opus eſt; nam vel filius conſentit ſuæ præteritioni, aut exhæredationi in ipſo actu teſtandi, quando pater, aut mater actu conficit teſtamentum; vel ante, vel poſt confectum teſtamentum: & in quolibet horum euentuum peculiaris conſideratio habenda eſt. Quare juxta hanc diſtinctionem tres principales concluſiones ſtatuemus.

Prima concluſio: ſi filius conſentiat in ipſo actu teſtandi, talis conſenſus ſufficit, vt poſsit præteriri, & teſtamentum abſque ejus inſtitutione ſit inexpugnabiliter validum. Ita cum multis alijs Anton. 208
Gom. *in l. 2. Tauri, numer. 5. ad fin. & tom. 1. Variar. cap. 11. numer. 14. ad fin. & numer. 31.* Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſput. 175. longè poſt med. verſ. Dixi in euentibus,* Iul. Clar. *lib. 3. Sentent. §. Teſtamentum, quæſtion. 43.* Guttier. *de Pactis, initio, numer. 39.* & Sanch. *lib. 6. de Matrimon. diſput. 4. numer. 19. & lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 34. numer. 14.* Probatur primò per textum *in l. Non putauit, §. Siquis ſua manu, ff. de Bonor. poſſeß. contra tabulas,* vbi diſponitur, quòd ſi patre dictante teſtamentum filius ſe ſcripſerit exhæredem, habetur pro exhæredato: & ſic teſtamentum valet, & nullo modo poteſt à filio infirmari, quemadmodum ibi ad hoc notant, & commendant Gloſ. Ordin. Din. Oldrad. Barthol. Alber. & alij communiter. Secundò, quia neceſsitas inſtituendi liberos fuit à jure inducta in eorum fauorem, ad auferendum ab eis præteritionis, & exhæredationis injuriam *dict. Authent. Vt cum de appellat. §. Hæc autem, verſ. Cæterùm.* Quilibet autem poteſt renuntiare ſuo fauori, neque enim beneficium inuito confertur, *l. Inuito, ff. de Regul. jur.* Ergo cùm conſentiens ſe præteriri, vel exhæredari, illi fauori renuntiet, & nulla ei irrogetur injuria, nulla tunc eſt neceſsitas illum inſtituendi; ceſſante enim cauſa, ceſſare etiam debet effectus, *cap. Cum ceſſante, de Appellat.* Confirmatur, nam ſi filius præteritus

conſentiat ſuæ præteri tioni poſt mortem patris, teſtamentum conualeſcit, vt *§. præcedenti, numer.* 181. ex omnium ſententia tradidimus, per text. *in l. Filio præterito, ff. de Injuſto rupto.* Ergo à fortiori, ſi in ipſo teſtandi actu conſentiat teſtamentum erit validũ, cùm facilius ſit, actum fieri validè, quàm poſtquam nulliter factus eſt, valorem acquirere.

209 Oppones, in illo conſenſu contineri pactum, quo filius futuræ ſucceſsioni renuntiat: tale autem pactum eſſe nullum, atque adeo nullius momenti ad teſtamentum validè conficiendum filio non inſtituto, *l. Pactum dotali, Cod. de Collat. l. Pactum, quod dotali, Cod. de Pactis, l. Qui ſuperſtitis, ff. de Acquir. hæred.* & DD. communiter. Propter hanc objectionem, multi DD. cenſent, præfatam concluſionem ſolùm poſſe, ac debere admitti, quando pater volebat filium inſtituere, ipſe autem filius renuit in ipſo teſtandi actu; ſecus autem quando vtriuſque voluntas, & conſenſus concurrit, quod tunc ſit pactum de non ſuccedendo, & ſic teſtamentum non poſsit ſubſiſtere, niſi interueniat juramentum, quo illud pactum firmetur. Ita docent Gloſ. *in l. Si quando, §. Et generaliter, verb. Iudicij, Cod. de Inoffic. teſtam* Barthol. Cyn. Salicet. Paul. de Caſtr. Cuman. Fulgoſ. & alij, quos refert Rodericus Suar. *in l. Quoniam in prioribus, ampliat.* 10. *num.* 32. & ſequitur, *num.* 37. & 38.

210 Nihilominus tamen concluſionem propoſitam indiſtinctè probant, ac ſuſtinent DD. n. præcedenti allegati, atq; ad prædictam objectionem bene reſpondit Ant. Gom. *d. c.* 11. *ſub n.* 14. *verſ. Velaliter,* Mol. *vbi ſup.* & Sanch. *d. n.* 19. *verſ. Intellige tamen,* quando filius in ipſo actu teſtandi conſentit ſe præteriri, talem conſenſum non reputari renuntiationem hęreditatis futuræ, ſed juris de præſẽti, quod ſcilicet ei de præſenti competebat, vt tunc inſtitueretur: pactum autem quod in dictis LL. reprobatur, eſſe tantùm, quo renuntiatur hæreditati futuræ, ideſt, poſt mortem patris deferendæ: neque obſtare, quòd in conſequentiam illius conſenſus veniat priuatio ipſius hæreditatis, cùm id fundetur in abdicatione juris de præſenti, quę prohibita non eſt. Cæterùm propter opinionum varietatem, & quia Bald. *in d. l. Si quando,* etiam in priori caſu affirmat, neceſſarium eſſe juramentum, vt dicta renuntiatio valeat, aduertit bene Sanch. & Guttier. *loc. citat.* tutius & firmius eſſe, ſi juramentum accedat. Stando autem in prædicta ſententia communi, notat optimè Ant. Gom. *d. num.* 14 non oportere, quòd in ipſo teſtamento fiat mentio illius conſenſus, ſed ſufficere, quòd aliâ viâ de illo conſtet.

Secunda concluſio: ſi dictus conſenſus pręſtetur ante confectum teſtamentum, inſufficiens eſt, vt teſtamentum, filio non inſtituto, ſit validum. Ita Gloſ. Odofred. Petr. Cynus, & cæteri DD. communiter *in l. fin. Cod de Bonis libert.* Bald: *in l. Quamuis, quæſt. vltim. Cod. de Fideicommiſſ.* Anton. Gom. alios referens *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *numer.* 14. *fine,* Molina, *dict. diſp.* 175. *longè poſt medium, verſ. Dixi in euentibus,* Sanch. *lib.* 6. *de Matrimon. diſp.* 4. *numer.* 19. & *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 34. *numer.* 14. alijque communiter, quibus vnus tantùm quem ſciam refragatur Iulius Clar. *d. §. Teſtamentum, q.* 43. Probatur primò per text. *in l. Paulus, à* 2. *§. Patroni filius, ff. de Bon. libert.* vbi habetur, quòd ſi filius patroni per epiſtolam (& ſic ex interuallo ante confectionem teſtamenti) conſentit ſe præteriri à liberto, renuntiando titulo inſtitutionis, & dando illi licentiam vt liberè poſsit teſtari; talis conſenſus & renuntiatio non valet, & teſtamentum, illo filio non inſtituto, eſt nullum. Probatur ſecundò ex text. *in dict. l. Si quando, §. Illud, Cod. de Inoffic. teſtament.* vbi deciditur, quòd ſi filius recepit partem legitimæ, & fecit pactum de non mouenda querela contra teſtamentum patris, tale pactum non valet, ſed eo non obſtante poteſt filius annullare teſtamentum patris, & ſucceſsionem conſequi. 211

Ter-

Tertiò denique, & principaliter probatur, quia dictus conſenſus continet pactum de non ſuccedendo: omne autem hujuſmodi pactum eſt nullum, & ſic inſufficiens vt teſtamentum validè fiat, non inſtituto eo, qui de jure inſtituendus erat, vt conſtat per *d. l. Pactum dotali, Cod. de Collat. & l. Pactum, quod dotali, Cod. de Pactis.*

212 Intelligitur autem præfata reſolutio, niſi ex parte ejus, qui renuntiauit, interueniat juramentum, quo juret ſe tali renuntiationi, ſeu pacto non contrauenturum: interueniente namque hoc juramento confirmatur illud pactum, *cap. Quanuis pactum, de Pactis, in 6.* & conſequenter firmum etiam euadit teſtamentum; itaut non poſsit impugnari, nec dici nullum ob præteritionem, vel exhæreditatem ejus qui renuntiauit. Ita declarant Ant Gom. *d. cap.* 11. *num.* 31. Sanch *vbi ſup.* Cancerius *p. 3. Variar. reſol. cap.* 15. *num.* 6. & 8. & alij, quos referunt, eſtque indubitata apud omnes ſententia.

213 Dubitabis tamen non immeritò; vtrum id procedat in hoc Regno Luſitaniæ? & ratio dubitandi eſt, quia jure hujus Regni *lib. 4. Ordin. tit.* 73 ſtrictè cauetur nequis in contractibus juramentum interponat, & ſi secùs fiat, contractus annullatur, & graues pænæ, tum contrahentibus, tum notario imponuntur. Quod ſimiliter in alijs quibuſdam Regnis per eorum leges ſancitum eſt, ac ſpeciatim in Caſtella, quanuis cum aliqua moderatione, *in nouæ Recop. lib. 4. tit. 1. l. 11. & 12.* Quæ leges licèt ab aliquibus damnentur, tanquam injuſtæ, & inualidæ, quòd videantur latę in fraudem juriſdictionis Eccleſiaſticæ, ad quam contractus jurati pertinerent, *c. Nouit, de Iud c. vlt. de For. compet. in 6.* & quia dum prohibent interponi juramentum, aliquo modo ſe intromittunt in rem ſpiritualẽ, & juris diuini, circa quod Princeps ſæcularis nihil poteſt diſponere, *c. Venerabilem, ad fin. de Elect.* tamen cõmuni optimorũ DD. calculo meritò approbantur, vt videre eſt apud Couar. relect. *in d. c. Quanuis pactum, p. 1. §. 3. n. 8. & p. 2. §. 1. n. 8.* Pinel. *in l. 2. C. de Reſcind. vendit. p. 3. c. 1. à n. 11.* Valaſc. *tom. 2. conſult. 99. n. 3.* Petr. Barb. *in l. 1. p. 1. à n. 73. ff. Sol. matr.* Azeued. *d. l. 11. nouæ Recop.* Mol. *tom. 1 de Iuſt. diſp. 149. à §. Ex his colliges,* & Sanch. *lib. 3. in Dec. c. 22. n. 6.* qui omnes cum multis alijs, quos referunt, has leges tuentur, & nos etiam *in tractatu de Contractibus in genere diſp. 8. ſect. 4.* hanc eandem ſententiam ſatis firmis rationibus comprobauimus.

214 Dubium igitur non leue eſt, vtrùm in hoc Regno, & in alijs vbi ſimiles leges vigent, dictum juramentum vim habeat ad illam renuntiationem confirmandam, & teſtamentum ſuſtinendum? Quam quæſtionem mouent DD. in terminis generalibus; an ſcilicet dicta lex regia, non ſolum habeat locum in contractibus, qui etiam ſecluſo juramento, ſunt de jure validi, & firmi (in quibus citra dubium eſt eam locum habere) ſed etiam in ijs, qui juramento non adhibito non valent, aut ſunt infirmi; cujuſmodi eſt dicta renuntiatio, ſeu pactum de non ſuccedendo, & multi alij. Partem affirmatiuam, quod etiam in iſtis locũ habeat, tuentur Pinel. *in d. l. 2. C. de Reſcind vend. 3. p. c. 1. n. 12.* Valaſc. *tom. 1. conſult. 16. n. 14. & conſult. 99. n. 10.* Petr. Barb. *d. l. 1. p. 1. n. 79. ff. Sol. matr.* & Mol. *d. diſp. 149. §. de Iure Luſitaniæ.* Primò, quia eadem eſt ratio in cõtractibus aliâs inualidis, atque in ijs, qui aliàs ſunt validi. Secundò, quia lex iſta loquitur generaliter & indiſtinctè, & potiſſimùm debet intelligi de contractibus inualidis & infirmis, in quibus deſideratur juramentum vt firmentur. Tertiò denique, quia pro hac parte ſtat praxis hujus Regni, vt Valaſc. & Mol. *loc. citat.* fatetur etiam Cald. Per. *infra citan.* Vnde teſtatur Molina, quod quando interponendũ eſt juramentũ contractui, aut renuntiationis quæ abſq; juramento eſt de jure nulla, petitur priùs facultas à Rege: eſt autem praxis optima legum interpres.

215 Nihilominus tamen non procedere d. legem in contractibus, & renũtiationibus ſine ope juramenti inualidis, aut infirmis, tenent in ſpecie Cald. Pereira *in l.*

Si curatorem, verb. Minoribus, num. 4. & Rebel. 2. p. de Obligat. juſt. q. 9. initio & in ſimili loquendo de lege Caſtellæ, prout habetur in antiquis Ordinationibus ejus Regni, lib. 3. tit. 1. lib. 6. vbi ſub ijſdem terminis, & pænis interpoſitio juramenti in contractibus prohibetur: tenent eandem ſententiam Didacus Perez in Commentario illius legis, Couar. Relect. in d. cap. Quanuis pactum, p. 1. §. 3. num. 8. Didacus S. gura in l. 1. §. Si vir vxori, num. 138. ff. de Acquir. poſſeſſ. Anton. Gom. tom. 2. Variar. cap. 14 numer. 21. Azeued. in l. 11. num. 17. & l. 12. num. 1. tit. 1. lib. 4. nouæ recopil. & alij quos referunt. Quin etiam ipſi reges Catholici in d. l. 12. nouæ recopil. prędictam l. antiquam declarantes, dicunt, non eſſe mentis ſuę prohibere interponi juramentum in contractibus, qui eo indigent vt ſint validi. Cujus declarationis eam rationem reddit Azeuedo ibi, quia alioqui lex illa eſſet contra immunitatem Eccleſiaſticam. Quo fundamento alij etiam nituntur ad hanc ſententiam tuendam. Et probatur, tum quia niſi hujuſmodi leges cum dicta limitatione intelligerentur, directè tenderent ad abrogandam diſpoſitionem juris Canonici in d. cap. Quanuis pactum, de Pactis, in 6. & ſimilibus, vbi pacta aliàs irrita omnino ſeruari jubentur, ſi in eis interponatur juramentum: tum etiam quia in hujuſmodi contractibus non præſumitur interponi juramentum in fraudem juriſdictionis regiæ, ſeu cauſâ declinandi fori ſecularis, ſed tantùm cauſâ efficiendi contractum firmum. Vnde ſi nihilominus lex Ciuilis tale juramentum prohiberet, non tam ordinaretur ad tuendam authoritatem, & juriſdictionem regiam, quàm ad minuendam & fraudandam Eccleſiaſticam; quod eſt iniquum, & contra Eccleſiæ libertatem.

Ex quibus hæc ſecunda ſententia mihi
216 etiam magis placet. Nec obſtant fundamenta in contrarium adducta. Ad primum enim patet reſponſio ex dictis: eſt enim longè diuerſa ratio in contractibus, qui juramento indigent vt ſint firmi; cùm in eis ceſſet præſumptio, quòd juramentum interponatur ad fraudandam juriſdictionem regiam, ipſumque jus Canonicum illos tueatur, vt dictum eſt; non verò alios, qui juramento non indigent. Ad ſecundum reſpondetur, quanuis vna lex loquatur generaliter, & indiſtinctè, limitationem & diſtinctionem admittere, ſi lex alia, vel cogens ratio id poſtulet, & hoc euenire in præſenti, vt ex dictis cõſtat. Ad tertium dicendum, fortè non aliam eſſe praxim, quàm quòd peti ſoleat facultas à Rege, antequam juramentum interponatur in contractibus, qui eo indigent vt ſint firmi; ex quo non colligitur, eam facultatem eſſe neceſſariam, niſi tantùm ad maiorem ſecuritatem, & vitandas lites, ob varietatem opinionum; & certè mihi de alia praxi non conſtat.

Iuxta hanc ſententiam, & ſi valde con- 217
ſultum ſit, ob dictam ſecuritatem, peti licentiam à Rege antequam juramentũ in d. renuntiatione, ſeu pacto de non ſuccedendo interponatur, tamen abſque tali licentia dictum juramentum ſufficiet, vt illud pactum reddatur firmum, & teſtamentum impugnari non poſsit ob præteritionem, vel exhæredationem ejus, qui pactus eſt. Nota verò, quòd etiam ſtando in prima ſententia d. lex regia, & ſimiles, non habent locum, quando paciſcentes ſunt clerici, vel aliàs exempti à juriſdictione laica; quia leges Ciuiles pænales, quales illæ ſunt, nullo modo ligant clericos, aliaſue perſonas priuilegio fori gaudentes, vt eſt notiſsimum; ac præterea quia leges Ciuiles etiam merè diſpoſitiuæ non obligant Eccleſiaſticos, niſi quatenus canonizatæ, ſeu approbatæ ab Eccleſia: dictæ autem leges non poſſunt cenſeri canonizatæ, cùm ipſum jus Canonicum expreſſè permittat, confirmari cõtractus per juramentum, idque in maiorem authoritatem ipſius Eccleſiæ cedat, vt ex dictis conſtat. Quare ſi is, qui de non ſuccedendo pactus eſt, fuerit Clericus, vel perſona Eccleſiaſtica, in nulla ſententia per prædictas leges prohibetur illud juramentum interponere. Notat etiam Reb. d. p. 2. de Obligat. juſt. lib. 16.

q. 2. *num.* 2. irritationem contractus jurati, quam d. lex regia inducit, intelligendam eſſe poſt judicis ſententiam; antea enim promiſsis ſtandum eſſe, ſub reatu perjurij. Enimvero lex pœnalis, qualis illa eſt, ante ſententiam non obligat, vt omnes fatentur.

218 Tertia concluſio: ſi dictus conſenſus præſtetur à filio poſt confectum teſtamẽtum, opinionibus eſt locus: Anton. Gom. *d. cap.* 11. *num.* 31. quem ſequi videtur Sanch. *lib.* 6. *de Matrimon. diſp.* 4. *num.* 19. *poſt med.* ſentit, illum conſenſum eſſe nullum, atque adeo inſufficientem, ſi juramento non confirmetur, vt teſtamentum abſque inſtitutione talis filij valeat. Mouetur per text. *in d. l. Si quando*, §. *Illud*, *Cod. de Inoffic. teſtam.* quatenus habet, quòd ſi filius recepta parte ſuæ legitimæ fecit pactum cum patre de non impugnando ejus teſtamento, tale pactũ non valet. Accedit, quòd non interueniente juramento omne pactum de non ſuccedendo eſt nullum, *l. Qui ſuperſtitis*, *ff. de Acquir. hæred. l. Pactum*, *Cod. de Collat. l. Pactum quod dotali*, *Cod. de Pactis:* in illo autem conſenſu contineri videtur hujuſmodi pactum.

219 At longè veriùs videtur, talem conſenſum eſſe validum, & ſufficere vt teſtamẽtum vires acquirat, & validum reddatur jure Prætorio, vt §. *præced num.* 185. cum Trentacinquio dixi, & probaui ex ratione text. *in l. Filio præterito*, *ff. de Injuſt. rupto.* Pro qua ſententia non obſcurè etiam ſtat Iul. Clar. §. *Teſtamentum*, *q.* 43. *verſ. Secundus caſus*, vbi per *d. l. Filio præterito*, ſimpliciter & abſolutè docet conſenſum præſtitum poſt conditum teſtamentum ad prædictum effectum validandi teſtamentum ſufficere. Neque obſtat text. in contrarium adductus ex *d. l Si quando*, §. *Illud*; nam vt bene ibi declarat Gloſ. Ordinaria in expoſitione caſus, loquitur de pacto inito ante confectum teſtamentum. Ad id verò quod additur de interuentu pacti de non ſuccedendo, negandum eſt interuenire ibi neceſſariò illud pactum: nam ſi filius ſciens ſe præteritum vel exhæredatum, ſponte ſua teſtamentum approbet, volens ſeruari patris voluntatem, ſiue ob reuerentiam ipſius patris, ſiue in gratiam hæredis ſcripti, ne hæreditate priuetur, vel aliâ ſimili de cauſa, nullum omnino ibi interuenit pactum; cùm nihil cum ipſo patre agat, & perinde ſe in hoc habeat, ac ſi pater jam eſſet mortuus. Quo caſu nihil profectò impedit, quominus conſenſus ille valeat, & teſtamentum de jure Prætorio conualeſcat, ſicut conualeſcit, quando filius poſt mortem patris conſentit, *d. l. Filio præterito*, *ff. de Injuſto rupto.* Credo autem quod in hoc caſu opus erit, vt filius in d. conſenſu perſeueret, donec poſt mortem patris hæreditas ſcripto hæredi deferatur; nam cùm nullum interuenerit pactum de non ſuccedendo, quo ſe alicui obligaret, vt ſupponimus, integrum ei erit conſenſum reuocare, quandiu res eſt integra, & jus hæredi ſcripto quæſitum non fuerit: conſenſu autem validè reuocato perinde reddetur teſtamentum nullum, ac ſi filius ei nunquam conſenſiſſet.

Addo tamen, quòd licèt cum d. conſenſu filij poſt teſtamentum præſtito concurrat ſimul conſenſus patris, quo acceptet obſequium filij teſtamentum approbantis, veriùs videtur, id non obſtare quominus ille conſenſus filij valeat, & teſtamentum ratione illius conualeſcat, ac reddatur firmum; ſicut quando filius in ipſo actu teſtandi ſuæ præteritioni conſentit, prout *ſupra, num.* 208. & 210. dictum eſt. Quia in hoc etiam caſu non agit filius de non ſuccedendo; non enim renũtiat hæreditati ſibi poſt mortem patris deferendæ, ſed tantùm remittit injuriam ſibi per præteritionem, vel exhæredationem illatam, quæ nondum ſublata erat, & ſic ſolùm renuntiat juri, quod de præſenti habebat, vt pater à tali injuria deſiſteret, & ſe inſtitueret: conſenſus autem, quo filius renuntiat tali juri de præſenti non eſt prohibitus, ſufficitque vt teſtamentum valeat, licèt in conſequentiam illius veniat priuatio hęreditatis: quæ eſt ratio ob quam ſupra diximus, conſenſum pręſtitum in ipſo actu teſtandi eſſe validum, licèt ſimul cum eo concurrat con- 220

ſenſus patris.

221 Addo præterea, quòd ſi filius ſuæ præteritioni, vel exhæredationi conſentiat, paciſcendo, non cum ipſo teſtatore, ſed cum alio tertio, cujus intereſt, eum non ſuccedere, vt cum proprijs fratribus, quibus illo à ſucceſsione excluſo maior hæreditas, vel portio ex bonis patris obueniret, tale pactū indiſtinctè valet, ſiue conſenſus ſit præſtitus ante teſtamentum, ſiue poſt, ſiue in ipſo actu teſtandi, neque adhibitum fuerit juramentum; dummodo tamen illud pactum fiat conſentiente ipſo teſtatore, & in tali conſenſu vſque ad mortem perſeuerante. Sic Anton. Gom. *d. cap. 11. num. 32. verſ. 2. præterquam*, per text. capitalem *in l. fin. Cod. de Pact.* idem, licèt non tam diſtinctè, docent cum alijs Roderic. Suar. *in l. Quoniam in prioribus, limit. 5. ad leg. Regni num.* 3. Couar. *in cap. Quamuis pactum, 3 p. initio, num.* 8. *verſ. Quartus caſus*, Molin. Iuriſta *lib. 2. de Primogen. cap.* 3. *numer.* 2. dicens ita tenere omnes, Gutier. *in d. cap. Quamuis pactum, initio, num.* 5. & Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap.* 1. *dubio* 34. *numer.* 57.

222 Non declarant autem citati DD. an ratione hujus pacti (quod appellari ſolet de ſuccedendo, eoquod verſetur circa hæreditatem, quæ deferetur ijs, cum quibus celebratur) legitimum ac firmum euadat teſtamentum paternum abſque inſtitutione filij, qui ſic paternæ hæreditati, vel inſtitutioni renuntiauit. Ac credo ita eſſe affirmandum, ex illa generali regula, & ratione, quam *ſupra, num.* 207. tradidimus, quod ſcilicet filius, qui validè, & efficaciter renuntiauit hæreditati, vel inſtitutioni ſibi debitæ, cenſetur extraneus, cùm perinde, ac ſi eſſet extraneus, jure ſuccedendi careat: ergo quemadmodum non oportet inſtitui extraneos, vt teſtamentum ſit legitimum, ac firmum, ſic etiam vt patris teſtamentum teneat, neceſſarium non eſt inſtitui in eo filium, qui prædicto modo renuntiauit; cùm ea renuntiatio fuerit valida, & efficax, etiam abſque juramento, vt dictum eſt. Et verò, quod is, qui validè renuntiauit hæreditati paternæ, cenſeatur extraneus, ad hoc vt in teſtamento paterno præteriri poſsit, notant loquendo de renuntiatione facta per pactum de non ſuccedendo, (quale eſt quod celebratur cum eo, de cujus ſucceſsione agitur) Barthol. *in l. 1. §. Qui habebat, num. 6. ff. de Bonor. poſſeſ. contr. tabul.* Cuman. *in l. Si filius, qui in poteſtate, num.* 18 & ibi Iaſ. *num.* 10. *ff. de Liber. & poſthum.* Paul. de Caſtr. *in l. Qui ſuperſtitis, numer.* 4. *ff. de Acquir. hæred.* & cum multis alijs Cancer. *p. 3. Variar. reſolut. cap.* 15. *num.* 6. dicens, id eſſe extra omnem aleam: patet autem eandem eſſe rationem, quando renuntiatio facta eſt per pactum de ſuccedendo, vt in caſu prædicto.

Intereſt verò inter vtramque renuntiationem; nam quando eſt facta per pactū de non ſuccedendo, ſi nihilominus pater inſtituat filium, qui renuntiauit, ceſſat effectus talis renuntiationis; vt ſcilicet jam filius non ſit priuatus jure ſucceſsionis, ſed illud recuperet, & obtineat jus Suitatis, & tranſmiſsionis, quæ per illam renuntiationem amiſerat, prout hæc omnia rectè docet Anton. Gom. *in l. 29. Tauri, numer.* 18. quem ſequitur Cancer. *d. cap.* 15. *num.* 7. & cum multis alijs latè hanc rem declarans Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 34. num. 47. & ſeqq.* Quando autem renuntiatio eſt facta per pactum de ſuccedendo, non tollitur ejus effectus per inſtitutionem renuntiantis, ſi modo ejus pater, ſeu ille de cujus ſucceſsione agitur perſeueret in conſenſu, quo illud pactum approbauit. Et ratio diſcriminis eſt; quia per pactum de non ſuccedendo, ſolùm obligatur renuntians ipſi teſtatori, de cujus hæreditate tractatur; ei enim tantummodo ſpondet, quod non petet ejus hæreditatem, nec impugnabit teſtamentū, eoquod in eo ſit præteritus, vel exhæredatus; & ideo poteſt ipſe teſtator talem obligationem remittere: remittit autem inſtituendo hæredem ipſum renuntiantem, & ita omnis effectus illius pacti ceſſat. At verò per pactum de ſuccedendo obligatur renuntians alteri tertio, quamuis 223

uis de conſenſu teſtatoris, ſeu ejus de cujus hæreditate tractatur, obligatio autem alteri facta non remittitur, nec remitti poteſt à teſtatore; ac proinde licèt is renuntiationem inſtituat, non tollitur jus, & effectus illius pacti, ſi ipſe teſtator non reuocet conſenſum, quo illud approbauit; ſi autem illum reuocet, vt poteſt dum viuit, tunc omnino dictum pactum corruit, vt conſtat per *d. l. fin. Cod. de Pactis*, & docent omnes; ſæpe tamen is conſenſus non eſt neceſſarius, vt ejuſmodi pactum, alijque contractus circa hæreditatem hominis viuentis valeant, & videre eſt apud Sanch *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 2. &*
223 *in Opuſc. lib. 4. cap. 1. dub. 34 num. 63. & ſeqq.*

224 Notandum hìc etiam eſt, quòd in nullo euentu conſenſus filij præteriti erit ſufficiens, & efficax, vt ſit validum teſtamentum patris, niſi pater filium ſcienter præterijſſet; nam ſi eum prætereat ignorando ſe filium habere, teſtamentum non valet ex defectu voluntatis, quæ per illum filij conſenſum non ſuppletur, prout latiùs cum Baldo, & alijs tradidimus, & declarauimus, *§. præced. num.* 186. vbi in vno tantùm caſu id limitauimus.

225 Notandum preterea, quæ hactenus dicta ſunt circa conſenſum filij renuntiantis juri ſucceſsionis, vel inſtitutionis ſibi debitæ, non ſolùm habere locum in conſenſu præſtito à filio reſpectu patris, vel matris, & aliorum aſcendentium, à quibus in ſuis teſtamentis inſtitui deberet; ſed etiam in conſenſu, & pacto, quo parentes, & alij aſcendentes ſimiliter renuntiauerint ſucceſsioni liberorum; quia jus, quod liberi habent, vt à parentibus, vel alijs aſcendentibus inſtituantur, & quod èc contra ipſi aſcendentes habent, vt inſtituantur à liberis, à pari procedit in vtriſque: ergo etiam à pari debent procedere in vtriſque pacta, & renuntiationes, quibus tali inſtitutioni, ac ſibi debitæ ſucceſsioni renuntiauerint; vt ſcilicet, quemadmodum pactum, & conſenſus, quo filius conſentit ſe præteriri, vel exhæredari à patre, vel matre, non valet, ſi ſit præſtitus abſque juramento ante confectum teſtamentum, ſecus autem ſi præſtetur in in ipſo actu teſtandi; vel etiam poſtea, juxta doctrinam ſupra traditam, ita pariter ſe res habeat in conſenſu quo parentes, & alij aſcendentes conſenſerint, ſe præteriri, vel exhæredari à deſcendentibus teſtandi facultatem habentibus. Sic tenent Anton. Gom. plures referens *in l. 22. Tauri, num.* 3. Tello *in l. 6. Tauri, numer.* 64. Molin Iuriſta *lib. 2. de Primog. cap. 3. num.* 48. & Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 34 num. 56. & lib. 6. de Matrimon. diſp. 4. num.* 19. vbi alios refert. Idem tenet Gloſ. *in d. l. Pactum, quod dotali, Cod de Collat. & d. l. Pactum, Cod. de Pact.* & vtrobique omnes, teſte Molin. *loco citat.*

Quanuis autem hæc ſit communis ſententia, tamen in contrarium ſtat Bald. *in l. Quanuis, q. vltim. Cod. de Fideicommiſſ.* dicens, quòd licèt pactum filiorum de non ſuccedendo aſcendentibus non valet, abſque juramento, attamen ſimile pactum, quo aſcendentes renuntiauerint ſucceſsioni deſcendentium: eſt validum, licèt non ſit juratum: idemque vt probabile admittit, Gloſ. *in l. 1. verb. Repelletur, ff. Si à parente quis manumiſſ. ſit, & in l. Si quando, § Illud, verb. Prægrauari, Cod. de Inoffic. teſtam.* ea ratione, quòd non adeò ſtrictè hæreditas filij debetur patri, ſicut patris filio. Fauet Guttier. 3. *Practic q. 75 num.* 6. tenens valere abſque juramento licentiam, quam pater, vel mater filio dederit ad teſtandum liberè, licèt juramento non accedente, reuocabilis ſit: nec omnino hanc opinionem improbat Sanch. *d. diſp. 4 num.* 19. Nam ſolùm dicit oppoſitum eſſe verius, ac mihi etiam ſatis probabilis videtur, per *d. l. 1. §. Si parens, ff. Si à parente quis manumiſſ. ſit*, vbi apertè admittitur pactum de non ſuccedendo, quo pater accepta juſta æſtimatione legitimæ ſibi debitæ pactus eſt cum filio emancipato, quòd ſe præterito ab ipſo filio, ejus teſtamentum non impugnabit: nihilominus tamen à prædicta communi ſententia, neque in conſulendo, neque in judicando recedendum eſt: & ad text. *in d. §. Si parens*, dicendum 226

Digitized by Google

dum cum Gloſ. ibi *in d. verb. Repelletur*, illum textum procedere juxta antiquum jus, ex quo ſicut olim pater ſuccedebat filio emancipato ex pacto, quo eum certo quodam modo emancipabat, ita etiam ex pacto ab ejus ſucceſsione repellebatur: hodie autem, cùm jam ex pacto ſuccedere non permittatur, *§. fin. Inſt. de Legit. agnat. ſucceſſ.* pacto etiam repelli non poſſe.

227 Ex his colliges, ſi pater, vel mater plures filios habens voluerit, vt aliquis eorum, qui teſtandi habuerit facultatem, diſponat liberè de omnibus ſuis bonis in præjudicium aliorum filiorum, ita vt nihil ex ejus bonis poſt illius mortem obueniat ipſi parenti, quod inter alios filios diuidere teneatur, ſeu in quo eis portio legitima debeatur, rectè ac tuta conſcientia id efficere poſſe, dando licentiam illi filio, vt liberè diſponat de ſuis bonis, etiam de legitima, quæ ipſi parenti debetur. Valebit enim ea licentia, dummodo (ſi ex interuallo ante teſtamentum filij concedatur) juramentum parentis interueniat, ſe tali licentiæ non cõtrauenturũ, vt in ſpecie tradit relatis alijs Sanch *loco proximè citat. & lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 34. num. 14.* conſtatque ſatis ex ſupra traditis. Quod autem id rectè fieri poſsit, non obſtante præjudicio aliorum filiorũ, probant Guttier. *de Pactis, initio, à numer. 19. & lib. 3. Practicar q. 75. per tot.* Ceruantes *in l. 6 Tauri, à num. 74.* & alij, quos refert & ſequitur Sanch. *locis proximè citat.* eo potiſsimùm fundamento, quòd parens repudiando eo modo hæreditatem filij, nihil alienat, ſed tantùm non acquirit; nam debitum legitimæ, qua ſe priuat, non eſt verum ac proprium debitum, dum viuit is, cui ſuccedendum eſt, ſed improprium, vt idem Sanch. probat *lib. 4. de Matrim. diſp. 25. num. 1.* Parentes autem rectè poſſunt præjudicare filijs in acquirendis, vt omnes fatentur: non enim tenentur acquirere quæcumq; poſſunt, vt eis plus relinquant, vt eſt manifeſtum: ergo per ſe, ac regulariter loquendo, rectè poſſunt parentes dictam licentiam filio concedere, eoque modo, alijs filijs præjudicare. Unde filius, qui eam licentiam liberè nactus fuerit, poterit de omnibus ſuis bonis diſponere, & ex illis inſtituere maioratum cum grauaminibus, & conditionibus, quas voluerit, & vocare ad illum ipſos parentes, vel extraneos, atque etiam relinquere illa ipſis parentibus, faciendo illis poteſtatem, vt de illis liberè diſponant inter liberos, vel extraneos. Sic Molina *lib. 2. de Primog. cap. 3. num. 49.* Ceruantes *lib. 6. Tauri, num. 68.* Guttier. & alij, quos citat, & ſequitur Sanch. *lib. 6. de Matrim. diſp. 4. num. 19. & lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 34. num. 14.*

Alio etiam modo licitè, ac legitimè, 228 juxta ſupradicta, fieri poteſt, vt parens priuetur ſucceſsione illius filij, cum d. præjudicio aliorum filiorum, & omnia bona talis filij obueniant immediatè alicui tertio, quem pater, & ipſe filius voluerint. Hic modus eſt, ſi ille filius, qui facultatem habet teſtandi, inſtituat ordinario modo parentem in legitima ei debita, & in reliquis bonis illum tertium: tunc verò parens de conſenſu ipſius filij paciſcatur cum illo tertio de non ſuccedendo in hæreditate ſibi à filio relicta, dicendo ſe renuntiare ſuæ legitimæ, & nolle ſuccedere tali filio, vt integra hæreditas obueniat ipſi tertio, partim ſcilicet ex ejus inſtitutione, & partim ex jure accreſcendi: ex tali enim pacto manet parens priuatus jure ſuccedendi ex teſtamento in legitima ſibi relicta: quia hujuſmodi pactum, licèt quoad formam ſit de non ſuccedendo, re ipſa tamen, & quoad effectum eſt de ſuccedendo, vt bene poſt alios aduertit & declarat Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 2. num. 7.* pactum autem de ſuccedendo celebratum cum conſenſu ejus de cujus ſucceſsione agitur eſt validum, & legitimum etiam ſi non ſit juratum, vt *ſupra, num. 222.* dictum eſt; nec ejus obligatio tollitur, aut impeditur per inſtitutionem ejus, qui ſucceſsioni renuntiauit, vt etiam conſtat ex ſupradictis, *num. 224.* Ergo hoc etiam modo legitimè proceditur: nec obſtat aliorum filiorum præjudicium; quia in hoc etiam caſu nihil parens

à ſe

à ſe alienat, ſed tantùm non acquirit, vt ex proximè dictis pro præcedenti caſu conſtat.

229 Omninò tamen cauere debet talis parens, ne paciſcatur cum illo tertio per donationem, ideſt, donando illi ex conſenſu filij hæreditatem, ſeu legitimam, quam ſperat: nam hujuſmodi donatio inuoluit, ac præſupponit tacitam aditionem, & acquiſitionem hæreditatis, vt optimè aduertit Sanch. *lib.* 4. *de Matrimon diſp.* 4. *num* 17. Nemo enim poteſt donare, niſi quod jam aliquo modo habet. Vnde ſi parens talem donationem faciat, verè à ſe alienat hæreditatem, quod cum præjudicio aliorum filiorum efficere non poteſt, non enim poſſunt parentes in acquiſitis præjudicare filijs, alienando res per viam donationis, vt eſt notiſsimum. Quapropter, vt illud pactum per viam donationis factum non ſit irritum, quando de conſenſu filij factum eſt, debet parens ad vitandum præjudicium aliorum filiorum, computare talem donationem in ſuam tertiam, ſeu partem, de qua poteſt liberè diſponere, & ſi fortè donatio fuerit tanta, vt illam excedat, poterunt alij filij eam reuocare quoad exceſſum, ſeu quatenus ſibi eſt inofficioſa, ex communi regula donationum exceſsiuarum, quibus legitima filijs debita minuitur. Et idem dicendum, ſi pactum fiat per ceſsionem hæreditatis, ideſt, ſi parens paciſcatur, dicendo ſe illi tertio cedere hæreditatem, ſeu legitimam, in qua à filio eſt inſtitutus. Nam talis ceſsio eſt re ipſa vera donatio, & alienatio, ſupponens tacitam acquiſitionem, & aditionem hæreditatis ceſſæ, vt latè probat, ac declarat Sanch. *lib.* 4. *de Matrim. diſp.* 4. *num.* 17.

230 Illud denique in præſenti non omittendum, quando quis non renuntiat ſimpliciter ſucceſsioni, & hæreditati ſibi debitæ, ſed tantùm conſentit ſe præteriri, vel exhæredari renuntiando ſucceſsioni ex teſtamento, vt in caſu de quo hìc agimus, talem renuntiationem non trahi ad ſucceſsionem ab inteſtato, vt bene ex Barthol. *in conſil.* 90. *quod incipit, Dilecto Domino, num.* 5. notat Cancerius, *p.* 3. *Variar. reſol. cap.* 15. *num.* 236. quia renuntiatio eſt ſtricti juris, & ſic vltra cauſam, & caſum expreſſum non extendenda, vt idem Cancerius cum multis alijs tradit *d. cap.* 15. *num.* 242. Plura circa materiam renuntiationis, qua ſucceſsioni renuntiatur, tradunt DD. quæ hujus loci non ſunt, & ideo illa omittimus.

Quartus caſus principalis, in quo pater non tenetur filium inſtituere, nec ei quidquam relinquere in teſtamento, eſt, quando filius datus eſt in adoptionem auo materno, vel alteri aſcendenti, in cujus poteſtate pater non ſit. Nam tunc reſpectu patris omne jus debitæ ſucceſsionis amittit, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato, perinde ac ſi filius ejus non eſſet, *l. pen. in princip. Cod. de Adopt.* §. *Sed hodie Inſt. eod. tit.* Vnde ſi talis adoptio ante mortem patris diſſoluta non ſit, nullo modo poteſt impugnare ejus teſtamentum licèt in eo ſit præteritus, nec aliquid ei relictũ ſit, vt bene Molina, *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 127. *verſ. Quando autem is.* Et idem eſt quando filius à patre emancipatus ſe alteri in arrogationem dedit. Nam tunc etiam à ſucceſsione patris remouetur, ſi arrogatio ante patris mortem diſſoluta non eſt §. *At ij, Inſt. de Hæredit. quæ ab inteſtat. def.* & notat idem Molina *verſ. Quando arrogatur, longè poſt med.* ſecùs dicendum, quando filius datus eſſet in adoptionem alicui extraneo, ideſt, qui ejus aſcendens non ſit: tunc enim nihil perdit reſpectu patris, *d. l. pen. & d.* §. *Sed hodie.* ſecùs etiam eſt reſpectu matris: nam perinde quoad illam omne jus retinet poſt quamlibet adoptionem, vel arrogationem, ac ſi adoptatus, vel arrogatus non eſſet, *d. l. pen.* §. *Neque enim*, Molin. *verſ. Quando arrogatur.* Patri etiam ab inteſtato decedenti, ſuccedere poteſt, vt cognatus proximior, agnatis deficientibus, §. *Admonendi, Inſt. de Hæred. quæ ab inteſt. defer.* Molin. *vbi ſup.* 231

Quintus caſus eſt, quando teſtator hæredem inſtitueret cauſam piam; nam tunc, quanuis liberos prætereat, teſtamẽtum quoad talem inſtitutionem valebit, ſaluâ tamen ſemper eorum legitimâ. Sic Tira-

Tiraquel. *de Cauſa pia, priuilegio* 14. Iul. Clar. §. *Teſtamentum*, q 6. *verſ. Sextò infertur*, vbi hanc ſententiam dicit communem, Barthol. Fulgoſ. & alij quos citat & ſequitur Diana *tom.* 7. *tract.* 6. *reſolut.* 22. *verſ. Sin verò*, vbi nonnullos etiam diſſentientes refert. Fundamentũ eſt, quia licèt parentes nequeant priuare liberos legitimâ eis debitâ, attamen quod teneantur eam relinquere titulo inſtitutionis, & ſic quòd non poſsint in ſuis teſtamentis illos præterire, eſt quædam ſolemnitas, & obſeruatio jure Ciuili introducta, quæ in teſtamentis ad pias cauſas neceſſaria non eſt, vt omnes fatentur, & *ſup.* ſuo loco oſtenſum eſt.

232 Sextus caſus eſt, quando liberi ſunt indigni qui ad parentum hæreditatem admittantur ob aliquam cauſam jure approbatam. Hic caſus eſt indubitabilis, cùm in eo legitimè poſsit exhæredari filius, & ſic non inſtitui in teſtamento aſcendentis, qui legitimam cauſam aduerſus eum habuerit, vt eſt notiſsimum. Qua verò ratione talis exhæredatio fieri debeat, & quæ ſint legitimæ illius cauſæ, longam exigit explicationem *duobus ſequentibus* §§. tradendam.

§. 6. *Qua ratione fieri debeat liberorum exhæredatio, vt ſit valida.*

SUMMARIUM.

EXhæredatio quid ſit? & quis propriè exhæredari poſsit? num. 233.

Exhæredatio altera eſt propria, quæ dicitur fieri mala mente; altera impropria, quæ fit bona mente. Et quæ vtriuſque ſit ratio? num. 234.

Ad exhæredationem, bona mente, non requiruntur cauſæ reſpicientes odium, ſed potiùs fauorabiles; ibid.

Etiam impuberes doli incapaces, imò & poſthumi, bona mente exhæredari poſſunt; num. 235.

Hæres grauatus reſtituere exhæredato bona mente, non ſolùm tenetur illi reſtituere hæreditatem ſuo tempore, abſque detractione Trebellianica, ſed etiam omnes fructus interim præceptos; ibid.

Exhæredatio poteſt accipi latiſsimè, latè, & ſtrictè. Et quæ ſit harum acceptionum differentia? num. 336. *& ſeqq.*

Exhæredatio propriè ac ſtrictè accepta, quinque requirit conditiones, vt ſit valida & ſufficiens, vt poſsit valere teſtamentum, in quo filius exhæredatur. Et quæ ſint iſtæ conditiones? numer. 239. *& ſeqq.*

Prima conditio eſt, vt fiat nominatim, ideſt, nominando perſonam, quæ exhæredatur; & quomodo id ſit intelligendum? num. 239. *& ſeq. Hæc conditio non erat olim neceſſaria in exhæredatione quorumcumque liberorum; hodie tamen, tam in exhæredatione liberorũ, quàm etiam parentum neceſſaria eſt; num.* 241.

Secunda conditio eſt, vt fiat purè; & requiritur hodie tam in exhæredatione filij in poteſtate, quàm aliorum liberorum, etiam reſpectu matris; num. 242. *Excluditur quædam objectio in contrarium; num.* 243.

Conditiones impoſsibiles, & turpes, quæ in inſtitutione, & legatis habentur pro non adjectis, exhæredationem vitiant, & nullam reddunt, ſi ei adjiciantur; num. 244.

Quando filius eſſet inſtitutus ſub aliqua conditione caſuali, vel mixta, bene tunc poterit exhæredari ſub conditione contraria; num. 245.

Tertia conditio eſt, vt exhæredatio fiat à toto gradu, ſiue inſtitutorum, ſiue ſubſtitutorum, non autem à perſona certa; & quomodo id intelligatur? num. 246. *& ſeqq.*

Quarta conditio eſt, vt exhæredatio fiat ab hæreditate, ſeu jure vniuerſali, non à re certa; poteſt autem fieri à parte hæreditatis, quanuis Molina contradicat; num. 249. *& ſeq.*

Quinta conditio eſt, vt fiat, aſsignatâ nominatim in ipſo teſtamento cauſâ legiti-

Google

gitima, ob quam teſtator filium exhæredat;& quomodo id intelligendum ſit? num. 251.

Exhæredatio ſolùm poteſt fieri in teſtamento, opuſque eſt vt tale teſtamentū ſit à principio validum, nec poſtea infirmetur, alioqui illa etiam corruit, numer. 252.

Si teſtamentum vitietur ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis injuſtæ vnius filij, an tūc corruat exhæredatio alterius filij, non obſtante diſpoſitione Authenticæ Ex cauſa, Cod. de Liber. præt. *vbi habetur, quod ex cauſa exhæredationis, vel præteritionis teſtamentum eſt irritum quoad inſtitutiones, cætera verò firma manent ? numer.* 253.

Non valet exhæredatio ejus, qui in eodem teſtamento inſtitutus eſt, numer. 254.

NOn eſt animus omnia, quæ ad legitimam exhæredationem, ejuſq; effectum pertinent, in præſenti tractare, ſed ea tantùm quæ ad præſens inſtitutum inſeruiunt, quanuis & alia multa, quæ ſponte ſe offerent, minimè omittenda cenſeamus.

233 In primis ergo ſciendum, exhæredationem nihil aliud eſſe, quam excluſionem ab hæreditate, vt notat Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 4. *tit.* 13 *num.* 1. nam exhæredare, eſt priuare hæreditate: Barthol. *in l.* 3. *§. Filius, ff. de Liber. & poſthum.* Iaſ. *in l.* 1. *num.* 1. *ff. eod.* Unde is, cui nullo titulo hęreditas debetur, non poteſt propriè exhæredari: eſſet enim inepta talis exhæredatio, vt quando exhæredaretur extraneus, *l. Quidam, cum filium,* & ibi Barthol. *num.* 6. *ff. de Verb obligat.* vbi enim habitus non eſt, priuatio eſſe non poteſt, vt apud philoſophos eſt tritum. Quare neque etiam in collaterales propria cadit exhæredatio; cùm nemo cogatur eos inſtituere. Quod tamen limita in fratribus quando perſona turpis fuerit inſtituta; quia in eo caſu fratri debetur legitima, §. 1. *Authent. de Hæred. & Falcid. §. Ingratitudinem, Authent. de Nuptijs.* Qua de re latiùs infra *§.* 16. *à num.* 97.

Sciendum prætereà, duplicem eſſe exhæredationem: alteram propriam, quæ dicitur fieri mala mente, alteram impropriam, quæ bona mente fit. Exhæredatio mala mente eſt, cùm quis ſimpliciter excluditur ab hæreditate ſibi debita: quod cùm nullum fauoris colorem præ ſe ferat, ſed tantùm odij, & auerſionis, ideo mala mente fieri dicitur, etiam quando juſtè, ac legitimè fit. Exhæredatio bona mente eſt, cùm quis ſolùm quoad formam, ſeu figuram verborum ab hæreditate excluditur, non autem ſimpliciter, neque ex mētē teſtatoris, vt priuatus remaneat, ſed vt ei conſulatur, vt bene declarat Paulus Leonius *in tract. de Subſtitut. tit. de Pupillari, num.* 187. & cum alijs Mant. *d. tit.* 13. *n.* 13. juxta text. *in l. Multi non notæ cauſa, ff. de Liber. & poſth.* vnde ad hujuſmodi exhęredationem non requiruntur cauſæ, quæ reſpiciant odium, ſed ſufficiunt cauſæ fauorabiles: Bald. *in Auth. Ex cauſa, n.* 23. *C. de Liber. præter.* Alex. *in Auth. Licèt, n* 2 *&* 3. *C. eod. tit.* Mantic. *vbi ſup. n.* 14. Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, c.* 12. *fine,* neque contra illam admittitur querela, quia licèt habeat formā exhæredationis, non tamen habet effectum, *l. vlt. circa med. ff. de Iure furioſi.* 234

Quo vlteriùs fit, vt hujuſmodi exhæredatio, etiam in impuberibus doli incapacibus, imò & in poſthumis, locum habere poſsit; cùm non fiat ad punitionem alicujus criminis, ſed ad fauorem ipſius exhæredati; veluti cùm teſtator meritò timens, ne inſtituto filio infanti bona ei relicta diſsipentur ob malam adminiſtrationem ejus, in cujus poteſtatem, vel tutelam deueniet, illum non inſtitueret, ſed inſtitueret alium extraneum, cum onere fideicommiſsi, vt omnia bona ei reſtitueret, vbi eſſet capax ea adminiſtrandi, & interim illi daret alimēta; quod rectè fieri poſſe, nihil obſtante nouo jure Authenticorū ſtrictè vetante filiorum exhæredationē, niſi ex certis cauſis in ipſo teſtamēto inſerendis, latè probaui *diſp. præced.* 235

ſect.

ſect. 3. §. 7. num. 578. Atque hæres tali fideicommiſſo grauatus, cùm ſit fiduciarius, non ſolùm tenetur ſuo tempore reſtituere totam hæreditatem fideicommiſſario abſque detractione Trebellianica, ſed etiam omnes fructus interim perceptos, quia non facit illos ſuos; & ipſe fideicommiſſarius, quamuis ante diem decedat, fideicommiſſum tranſmittit ad ſuos hæredes, vt eſt caſus *in l. Secus Saturninus ff. Ad Trebel. & in l. Fideicommiſſi §. Cum Polydius, ff. de Vſuris*, conſtatque ſatis ex dictis *diſput. præcedent. ſect.* 8. §. 18. *numer.* 1445. vbi in generali de hærede fiduciario loquimur. De prædicta igitur exhæredatione impropria, ſeu bona mente facta, in præſenti non agimus, cùm reipſa vera exhæredatio non ſit, ſed tantùm vmbratilis, vt ex dictis liquet. Vnde etiam nomine exhæredationis ſimpliciter dictæ ea tantùm intelligitur, quæ fit mala mente, ſeu qua quis ſimpliciter ab hæreditate excluditur.

Sciendum tertiò, exhæredationem
236 poſſe tripliciter accipi; latiſsimè, latè, & ſtrictè. Primo modo accipitur pro quacumque excluſione ab hæreditate, prout comprehendit etiam præteritionem factam ab ignorante, ſe filium habere; nam hæc præteritio etiam pro exhæredatione habetur, vt conſtat *ex l. Si inſtituta, in fin. cum l. ſequent. ff. de Inoffic. teſtam. & §. vltim. Inſtit. de Exhæredat. liber.* vbi præteritio liberorum, ſiue ſcienter, ſiue ignoranter facta in teſtamento matris, vel aui materni pro legitima exhæredatione habetur ad valorem teſtamenti ſufficiente; licèt hodie per jus nouum *in Authent. Vt cum de appellat.* id minimè admittatur, vt cum veriori ſententia tradidimus § 1. *hujus ſect. numer.* 146. In quam partem ſtat etiam jus Luſitanum *loc. ibid. cit.*

Secundo modo, nempe latè, acci-
237 pitur, vt comprehendit non ſolùm excluſionem formalem, & expreſſam, ſed etiam tacitam ex voluntate teſtatoris; qualis eſt, quæ continetur in præteritione facta à teſtatore ſciente ſe habere filium, quem præterijt. Nam eo ipſo quod quis in ſuo teſtamento non inſtituit filium, quem ſe habere non ignorat, planè intelligitur velle eum ab hæreditate excludere, & ſic talis præteritio non immerito pro tacita exhæredatione habetur, quæ tacita exhæredatio in teſtamento militis valet, vt per *l. Si patronus, in princip. ff. de Bonis libert. & l. Paulus, §. vltim. ff. eod. & l. Sicut certi, & l. Si cum vel in vtero, Cod. de Teſtament. milit.* & diximus *ſupra, §. præcedent. in princip.* etiam ſpectato jure nouo Authenticorum, juxta veriorem ſententiam, licèt aliud ſit in teſtamento pagani.

Tertiò modo, ſcilicet ſtrictè, ac- 238
cipitur exhæredatio pro formali, & expreſſa excluſione, qua teſtator declarat, ſe repellere à ſua hæreditate filium, vel alium, cui hæreditas alioqui debebatur. Et de exhæredatione in hac ſtricta ſignificatione nobis in præſenti eſt ſermo: ſub qua etiam comprehendimus præteritionem factam à teſtatore cum expreſsione cauſæ, ob quam talem perſonam non inſtituit: hanc enim præteritionem pro expreſſa, & formali exhæredatione habendam eſſe probauimus *ſupra, §. 1. numer.* 136. *& ſequent.* licèt contraria ſententia ſit communis, vt *ibidem numer.* 134. multis relatis DD. tradidimus. His poſitis, & loquendo, vt dixi, de expreſſa & formali exhæredatione, quæ ſola hodie ſecundùm jus commune admittitur, & eſt ſufficiens vt teſtamentum valere poſſit abſque inſtitutione filij, ſeu ejus, cui legitima ex bonis teſtatoris debetur, dicamus jam, quâ ratione fieri debeat, vt ſit valida, & prædictum effectum habere poſsit. Cui quæſtioni ſatisfaciemus, aſsignando, & explicando conditiones, quæ de jure poſtulantur, vt præfata exhæredatio validè, ac legitimè fiat.

Dico ergo, quinque requiri conditi- 239
ones in exhæredatione liberorum, quas aſsig-

aſsignat Gloſ. *in l. 3. §. 1. verb. Ante hæredis inſtitutionem, ff. de Liber. & poſthum.* Prima eſt, vt fiat nominatim, ideſt, nominando perſonam, quæ exhæredatur, *§. Sed hæc quidem, Inſtit. de Exhæredat. liber. l. 1. 2. & 3. ff. de Liber. & poſthum.* Non oportet autem exprimi proprium illius nomen, ſed ſatis eſt, quòd prænomine, ſeu cognomine officio, vel artificio, aliâue indubitabili nota, demonſtretur, vt ex dictis textibus colligitur, & tradunt Donel. *lib. 6. de Iure ciuili, cap.* 12. Molin. *diſp.* 175. *poſt med. verſ. Exhæredatio vt valida;* Pichar. *in §. Nominatim, num.* 4. *Inſtit. de Exhæred. liber.* & cæteri omnes expoſitores, *ibid.* Cum enim nomina ſignificandarum rerum cauſâ inuenta ſint, nihil refert, quo vocabulo, aut quibus verbis teſtator in exhæredatione vtatur, dummodo exhæredati perſonam citra vllam ambiguitatem demonſtrent.

240 Nec vitiabitur exhæredatio ex eo, quòd pater ignominioſo, aut contumelioſo ſigno deſignet filium, quem exhæredem eſſe vult, veluti ſi dicat; *Ille non nominandus*, vel, *non filius meus, ille latro, ille adulterinus,* & ſimilia, vt expreſſè habetur, *d. l. 3. in princip. ff. de Liber. & poſthum.* Quanquam aliud ſit in inſtitutione, quę non valebit, ſi inſtitutus ſimili conuitio demonſtretur, *l. Quoties,* 9. *§. Siquis nomen, ff. de Hæred. inſtit.* ſecus tamen erit, ſi conuitio proprium, vel appellatiuum inſtituti nomen adjungatur, vt bene probat Donel. *dict. lib. 6. de Iure Ciuili, cap. 19. per text. in l. His verbis,* 48 *§. 1. ff. de Hæred. inſtit.* & ſatis colligitur *ex dict. l. Quoties; §. Siquis nomen.* Tunc enim non cogitur inſtitutus allegare ſuam turpitudinem ad probandum ſe eſſe inſtitutum; cùm ad hoc ſufficiat probare, ſe filium eſſe, quin vllo modo objectam turpitudinem agnoſcat: quod ſecùs eſt, quando ex ſola contumelioſa nota demonſtratur. Ratio verò diuerſa, cur nominatio contumelioſa in exhæredatione admittitur, non ita verò in inſtitutione, multiplex à DD. reddi ſolet: ea verò communiter recipitur; quòd exhæredatio concernit odium, & auerſionem, cui contumelia non incongruit; at verò inſtitutio dicit beneuolentiam, & honorem, quo inſtitutus honorari dicitur: honori autem, & amori nihil magis contrarium, quàm contumelia, & conuitium. Illa etiam eſt optima ratio, quam attingit Donel *proximè citat.* quia exhæredatus non cogitur probare turpitudinem, ex qua nominatur, ſed potiùs eam confutare, ac repellere, vt exhæredatio illi non noceat: inſtitutus autem ignominioſè deſignatus turpitudinem propriam allegare, & probare teneretur, vt dictum eſt.

Olim ſoli filij maſculi, qui in poteſtate patris eſſent, nominatim erant ex- 241
hæredandi ab ipſo patre; filiæ autem, & alij vtriuſque ſexus per virilem ſexum deſcendentes, ſatis erat, quod exhæredarentur inter cæteros: cujus exhæredationis (teſte Theophilo apud Pichar. *in dict. §. Nominatim, numer.* 12.) ſolemnis forma erat, *Cæteri exhæredes ſunto:* quibus verbis non liberi tantùm, ſed etiam parentes, conſanguinei agnati, cognati, affines, & amici, exhæredari ſolebant, *l. Lucius, 53. ff. de Hæredib. inſtitut.* Pichard. *vbi ſupra*, & alij quos refert. Emancipatos verò nec inſtitui, nec exhæredari oportebat, vt patris teſtamentum valeret; illis tamen præteritis de jure Prætorio competebat remedium poſſeſsionis contra tabulas. Mater etiam ſi filios præteriret, pro exhæredatis habebantur, valebatque ejus teſtamentum; dabatur tamen ipſis filijs querela. Et idem erat in auo materno, & alijs aſcendentibus ejuſdem lineæ, ſi nepotes, vel alios per ſexum fæmineum pręterirent. Quæ omnia conſtant ex *Inſtitut. de Exhæredat. liber.* & magnâ ex parte in ſuperioribus declarata ſunt. At hodiè omnis prædicta differentia ſublata eſt, vt conſtat ex *Authent. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum,*

Digitized by Google

vbi abſque vllo diſcrimine, tam parentibus, quàm alijs aſcendentibus præſcribitur, ne liberos ſuos, ſiue fœminas, ſiue maſculos exhæredes faciant, niſi ſeruatâ formâ ibidem præſcriptâ, in qua dicta nominatio comprehenditur; & ſi aliter faciant, teſtamentum ſit nullum. Idem quoad liberos tam maſculos, quàm fœminas per ſexum virilem deſcendentes, ſiue Suos ſiue emancipatos expreſsiùs habetur *in §. Sed hæc, Inſtit. de Exhæredat. liber.* ibi, *Simplex, ac ſimile jus, & in filijs, & in filiabus, & in cæteris deſcendentibus per virilem ſexum perſonis non ſolum jam natis, ſed etiam poſthumis, introduxit vt omnes, ſiue Sui, ſiue emancipati ſint, vel hæredes inſtituantur, vel nominatim exhæredentur, & eundem habeat effectum circa teſtamenta parentum ſuorum infirmanda*. Atque ita per alios etiam textus ſentit Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *num.* 34. *ad fin.* & relatis alijs Pichar. *in §. Emancipatus, num.* 10. *Inſtit. de Exhæredat. liber.*

Secunda conditio eſt, vt dicta
242 exhæredatio fiat purè, id eſt, ſine conditione, vt expreſsè habetur *in dict. l.* 3. *in fine, principij, ff. de Liber. & poſthum.* Atque ita per hanc legem docent omnes, quos videre potui. Et licèt *dict. l.* 3. ſolùm loquatur de exhæredatione filij in poteſtate, qui ſecundùm jura illorum temporum non aliter à patre exhæredari poterat, niſi nominatim; cùm aliud eſſet in cæteris liberis, vt ſupra vidimus, tamen idem hodie eſſe in alijs liberis, etiam emancipatis, & non tantùm reſpectu patris, ſed etiam matris, & aliorum aſcendentium, non videtur dubitandum, cùm omnes quoad modum exhæredationis Suis æquiparentur, omni prorſus differentiâ ſublatâ, vt jura, *numer. præced.* allegata perſuadent. Et quidem non tantùm filios, ſed etiam filias, & nepotes hæredes Suos, non poſſe validè exhæredari ſub conditione, etiam cauſa legitimâ insertâ, docet poſt longam hac de re diſputationem Emman. à Coſta *in §. Et quid ſi tantùm p.* 3. *numer.* 101. vbi addit, quòd etiam in caſu, quo conditio exhæredationi adjecta viuo teſtatore deficiat, teſtamentum erit nullum, vtpote quod ab initio quaſi præterito ſuo hærede non conſtiterit.

Quod ſi opponas, propterea de 243
jure antiquo filium in poteſtate non potuiſſe exhæredari ſub conditione, quia etiam non poterat validè reſinſtitui ſub conditione, quæ in ejus poteſtate non eſſet, *l. Suos quoque,* 4. *in princip. ff. de Hæredib. inſtit. l. vltim. ff. de Condit. inſtit. & l. Si pater,* 4. *Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* licèt aliud eſſet in cæteris liberis, etiam Suis hæredibus, vt expreſsè declaratur, *in d. l. Suus quoque*: at verò hodie jam ipſos etiam filios ſub quauis conditione inſtitui poſſe, ſublata diſpoſitione illius juris antiqui, vt conſtat, *ex l. Quoniam in prioribus,* 32. *& ex l. Scimus,* 36. *§. Cum autem, Cod. de Inoffic. teſtam.* docentque Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *numer.* 24. *&* 29. Mantic. *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 11. *tit.* 18. *numer.* 14. & cæteri communiter, proindeque etiam in exhæredatione filij in poteſtate admitti hodie deberé, quòd poſſit fieri ſub conditione. Reſpondetur in primis non conſtare, quòd propterea olim non admittebatur exhæredari filium ſub conditione, eoquod inſtitui ſub conditione non poſſet: nullibi enim in jure talis ratio redditur. Deinde, quidquid de hoc ſit, non valet conſequentia: quia quòd inſtitutio etiam ſub conditione admittatur, pertinet ad fauorem, & ſic dum non apparet textus expreſſus, quo exhæredatio conditionalis admittatur ex nulla interpretatione, vel apparenti conſequentia admittenda eſt; nam cùm exhæredatio concernat odium, adjuuari non debet interpretatione, ſed magis reſtringi, *l. Cum quidam, ff. de Liber. & poſth.* & benigna cēſetur interpretatio, quæ illam excludit, licèt vitiet teſtamētū, *l.* 2. & ibi Iaſ. *ad fin.* alijque DD. *ff. eod.* & Mant. *de Cōject. vlt. vol. lib.* 4. *tit.* 13 *n.* 18.

Vnde vlteriùs notandum, quòd etiam 244
con-

conditiones impoſsibiles, & turpes, quæ in inſtitutione, & legatis habentur pro non adjectis, exhæredationem vitiant, & nullam reddunt, ſi ei adjiciantur, vt loquendo de conditione impoſsibili tradit Socin. ſen. *in d. l. 3. §. Purè, num. 3. ff. de Liber. & poſth.* quem ſequitur Mantica *d. tit. 13. num. 28. in nouiſsima edit.* ea ratione quòd exhęredatio non debet interpretatione adjuuari, *d. l. 2. & l. Cum quidam, ff. eod.*

245 Cæterùm, quando filius inſtitutus eſſet ſub aliqua conditione caſuali, vel miſta, bene tunc poterit exhæredari ſub conditione contraria, vt ſumitur *ex l. Si pater, 4. Cod. de Inſtitutionibus,* & notat Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap. 12.* veluti ſi teſtator ita dixerit, *Inſtituo filium meum, ſi nauis ex India venerit; ſi autem non venerit, exhæredem facio*: talis enim conditio in exhæredatione admittitur, etiam ſpectato jure antiquo, ſecundùm quod inſtitutio filij facta ſub conditione caſuali, vel miſta, erat nulla, vt ex citatis LL. conſtat. Si quæras, vtrum etiam admittatur exhæredatio facta ſub conditione contraria poteſtatiua, vt eum teſtator dixiſſet; *Inſtituo filium meum, ſi volet eſſe hæres; ſi autem nolit, exhæres eſto?* Reſpondetur, talem exhæredationem cenſeri ineptam, & ridiculam, atque vt talem rejici, *l. Iam dubitari, 86. ff. de Hæred. inſtitut.* ibi; *Si nolet eſſe hæres, exhæres eſto, quàm ſit rediculum nulli non patet.*

246 Tertia conditio eſt, vt ipſa exhæredatio fiat à toto gradu, ſiue inſtitutorum, ſiue ſubſtitutorum, non autem à perſona certa; vt ſi inſtituti ſint Seius, & Sépronius, & teſtator filiũ exhæredet à ſolo Seio, vel Sempronio, veluti, ſi dicat; *Exhæredo filium meum reſpectu Sempronij*: talis exhæredatio eſt vitioſa, & nulla. Sic habetur *in dict. l. 3. §. 1. ff. de Liber. & poſthum.* & tradunt ibi omnes. Intelligitur autem facta eſſe exhæredatio à toto gradu, non ſolùm ſi facta ſit ante hæredis inſtitutionem, ſed etiam quando eſſet facta inter ipſas hæredum inſtitutiones, vt etiam *in dict. §.* exprimitur, veluti ſi inſtituto Seio, teſtator ſimpliciter dicat, ſe filium exhæredare, & poſtea Sempronium etiam inſtituat.

Similiter, quando in teſtamento fuerint 247
duo, vel plures gradus, ideſt, vnus inſtitutionis, & alter, vel plures ſubſtitutionis; ſi exhæredatio facta fuerit ante, vel in medio illorum, ab omnibus intelligetur filius exhæredatus, vt in *eod §.* habetur. Bene autem exhæredari poteſt ab vno gradu, quin exhæredetur ab alio, *dict. l. 3. §. vlt. ff. de Liber. & poſthum.* vt ſi ita dicatur; *Inſtituo Seium, & ſubſtituo Sempronium, à quo ſecundo gradu filius meus exhæres eſto*: vbi aduerte cum Gloſ. *in dict. §. vltim. verb. Solo,* ſi teſtator ita dixiſſet; *Subſtituo Sempronium, à quo filium meum exhæredo,* nullam eſſe talem exhæredationem, eo quod fiat à perſona certa, quod non admittitur. Aduerte præterea, quòd quando filius eſt exhæredatus à ſecundo gradu, & præteritus à primo, vt in propoſito exemplo, nullius momenti erit exhęredatio, niſi filius ipſam præteritionem in ſui præjudicium approbet; nolendo dicere teſtamentum nullum quoad primum gradum; nam ſi illud dicat nullum ad ſuum comodum, vt ipſe contra tabulas admittatur, eo quod ab illo primo gradu excluſus non ſit: nihil refert, quod à ſecundo gradu ſit exhæredatus; cùm jam ob nullitatem in primo gradu locum inſtituti occupauerit, & ad hæreditatem admiſſus ſit. Si autem præteritionem approbet; tunc quidem, ſiue id faciat viuente patre, ſiue poſt ejus mortem, exhæredatio ſuum effectum habere poterit. Nam ſi approbet viuente patre, licèt tunc inſtitutus ſtatim poſt mortem teſtatoris jus habeat ad ſuccedendum, & ſic poſsit excludere ſubſtitutum, tamen ſi repudiet, vel ante aditam hæreditatem moriatur, admittetur ſubſtitutus, nec filius eum poterit excludere, cùm à gradu ſubſtitutionis rite fuerit exhæredatus. Si verò approbet præteritionem poſt mortem patris, nihil id proderit inſti-

Digitized by Google

inſtituto, cùm teſtamentum quoad inſtitutionem reperiatur nullum tempore mortis ipſius patris, & ſtatim, antequam à filio approbaretur, quæſitum fuerit jus ſubſtituto, ratione ſubſtitutionis; quæ, ſuppoſita legitima exhæredatione filij ab eo gradu, valida fuit à principio. Quæ omnia conſtant ex dictis *diſput. præced. ſect.* 2. §. 26. ſatisque per ſe aperta ſunt.

Illud etiam nota, quod licèt exhæreda-
248 tio poſita in principio, vel inter ipſos gradus, ad omnes dicatur referri, id intelligitur, ſi in omnibus eadem eſt ratio: ſecùs autem, ſi diuerſa, vt cum Salic. *in l.* 1. *C. de Liber. præter.* rectè aduertit Angel. de Gambelion. *tract. de Teſtament. Gloſ.* 74. *num.* 4. Nota præterea, quòd non ſolùm, quando exhęredatio eſt poſita in principio, vel in medio gradu, ſed etiam quando poſt omnes poſita eſt, ad omnes referri debet, vt aduertit Gloſ. *in d. l* 3. *verb. Ante hæredis, ff. de Liber. & poſthum.* & habetur *in l.* 1. *Cod. de Liber. præter.*

249 Quarta conditio eſt, vt exhæredatio fiat ab hæreditate, ſeu jure vniuerſali, non à re certa. Nam licèt inſtitutio ex re certa admittatur, & trahatur ad totum, *l.* 1. *§. Si ex fundo, ff. de Hæred. inſtit.* Exhæredatio tamen à re certa non admittitur, vt conſtat *per l. Cum quidam,* 19. *ff. de Liberis, & poſthum* & tenent ibi omnes: credit autem Molin. *diſp.* 175. *poſt med. verſ. Exhæredatio vt valida,* poſtulari *in d. l.* vt exhæredatio fiat in totum, & non à parte hæreditatis: & reuerà ita ſonant verba illius legis, prout in omnibus fermè editionibus reperiuntur: ibi; *In tertia parte.* At Gloſ. ibi, *& in d. l.* 3. *verb. Ante hæredes,* Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, cap.* 12. & cæteri DD. communiter, ſolùm de exhæredatione in re certa d. legem intelligunt; nec obſtant dicta verba (*in tertia parte*) nam videntur per errorem, vel incuriam librariorum ita fuiſſe ſcripta, cùm dicendum eſſet (*in cætera parte*) vt in Pandectis Florentinis legitur, & notat ibi Accurſius *verb. In tertia.* Neque enim cum antecedentibus, & conſequentibus talis lectio cohæret; nam caſus illius legis eſt, quòd pater filium ex aſſe hęredem ſcripſit, & filio, quem habebat in poteſtate, decem legauit, adjiciendo ejus exhæredationem, cui certè non congruebat, quòd diceret, *in tertia parte exhæres ſit;* nam cùm filium ex aſſe ſcripſiſſet hæredem, conſequens erat, vt illum à tota hæreditate remoueret, & non à ſola tertia parte; & cùm alioqui ipſi filio legaſſet quandam partem bonorum, congruebat, vt diceret ſe illum exhæredare à cætera parte, ſcilicet bonorum. Quæ exhæredatio, cùm ſit à re certa, ibidem tanquam nulla rejicitur, quia etiam legitima non eſſet, ſi filius fundi exhęres eſſe juberetur, vt ibidem ſubditur.

Si ergo filius non à parte bonorum, vel 250
à re aliqua certa exhæredetur, ſed ab aliqua parte, ſeu portione hæreditatis, nihil illi exhæredationi obſtabit *d. lex Quidam,* quominus valida, & legitima haberi debeat, præſertim ſpectato poſteriore jure Codicis *in l. Omnimodo,* 30. *Cod. de Inoffic. teſtam.* vbi ſi filius ſit inſtitutus in aliqua parte hæreditatis minori, quàm legitima ei debita, & rite exhæredatus à reliqua hæreditate, talis exhæredatio admittitur, & filius repellitur à petendo legitimæ ſupplemento.

Quinta, & vltima conditio eſt, vt exhæredatio fiat aſſignatâ nominatim in ipſo teſtamento cauſâ legitimâ, ob quam teſtator filium exhæredat. Hæc conditio eſt hodie omnino neceſſaria ex jure nouo, *in Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum,* ibi; *Et ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento.* Vnde non ſatis erit hodie dicere, *Exhæredo filium meum, quia mihi fuit ingratus;* ſed opus eſt, vt in ſpecie, ac nominatim exprimatur crimen, quo ſe ingratum oſtendit; & quòd illa ingratitudo ſit vna ex cauſis legitimis, ob quas jus permittit filium exhæredari. Non requiritur autem ad valorem teſtamenti, quòd talis cauſa reipſa ſubſiſtat: ſed ſi poſtea oſtendatur falſa, vel ab hærede non probetur, etiam ſi vera fuerit, caſſatur ipſa exhæredatio, & effectum non habet; ipſumque teſtamentum per que-

querelam reſcinditur quoad inſtitutionem hęredis; quoad cætera verò in eo relicta ſuſtinetur, vt habetur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siue igitur omnes.* Aduertit autem Mantica, *lib. 4. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 13 numer. 36.* cum Alex. *in Auth Ex cauſa, num. 2. fine, Cod. de Liber. præter.* ſi teſtator dolo fuit inductus ad exhæredandum filium, vel nepotem, licèt cauſa expreſſa ſit, tamen niſi probetur, teſtamentum reddi nullum ipſo jure, nec eſſe neceſſariam querelam. Quod mihi etiam probatur; ſiquidem tunc deficit voluntas teſtatoris, ſine qua non poteſt valere teſtamentum. Quod ſi teſtator plures cauſas legitimas aſſignauit, ſatis erit probari poſtea ab hærede ſcripto vnam ex eis veram eſſe, vt teſtamentum maneat firmum, vt etiam *in d. §. Siue igitur*, decernitur.

252 Omnes prædictæ conditiones poſtulantur in exhæredatione, non ſolùm ad ejus valorem, ſed etiam ad valorem teſtamenti, vt dictum eſt. Ut autem ipſa exhæredatio ſit valida, & vtilis, plura ſunt neceſſaria; quia in primis opus eſt, vt fiat in teſtamento: in codicillis enim fieri non poteſt, cùm in eis non poſſit dari, nec adimi hæreditas, *l. 2. §. Hereditas, l. Diui, 6. in princip. l. Quod per manus, 10. ff. de Iure Codicil. §. Codicillis autem, Inſtit. de Codicil & alijs juribus.* Opus etiam eſt, quòd teſtamentum, in quo illa facta fuerit, ſit à principio validum, nec poſtea aliquâ ex cauſa infirmetur; ſi enim fuerit irritum, vel ex poſtfacto irritetur, aut quia hæres ſcriptus hæreditatem non adiuit, vel aliâ de cauſa, ipſa etiam exhæredatio irritatur, & effectum non habet. Ita expreſſè Angel. de Gambelion. *tract. de Teſtament. Gloſ. 74. num. 1.* per text. *in l. Filium, 20. §. Sed cum exhæredatio, ff. de Bonor. poſſeſſ. contr. tab.* vbi habetur, quod exhæredatio, non adita hæreditate ex teſtamento, nullius eſt momenti, vt idem, & meliùs probat text. *in l. Si patronus ex teſtamento, 12. §. Ex teſtamento autem, ff. de Bonis libert.* ibi; *Ex teſtamento autem, ex quo neque adita eſt hæreditas, neque petita bonorum poſſeſſio, liberis exhæredatio non nocet: abſurdum eſt enim in hoc valere tantùm teſtamentum, vt exhæredatio vigeat, cùm aliàs non valeat.* Quæ vltima verba continent rationem vniuerſalem, pro omni caſu quo teſtamentum fuerit irritum, ſiue à principio, ſiue ex poſtfacto tale redditum fuerit.

Dubitari tamen non immeritò poteſt, an id procedat etiam in caſu, quo teſtamentum ex cauſa injuſtæ præteritionis, vel alterius exhæredationis non rectè factæ, fuerit irritum, aut irritatum; vt quandò teſtator plures habens filios vnum injuſtè præteriuit, & alium juſtè exhæredauit, vel vnum benè, alterum malè exhæredauit; & is qui fuit præteritus, vel malè exhæredatus, teſtamentum expugnauit. 253 Ratio dubitandi eſt, quia *in Auth. Ex cauſa, Cod de Liber. præteritis*, expreſsè habetur, quod ex cauſa exhæredationis, vel præteritionis, teſtamentum eſt irritū quoad inſtitutiones: cætera verò in eo cōtenta firma manent. Unde conſequens eſt, quod infirmato teſtamento ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis vnius filij, firma manet exhæredatio alterius filij rectè exhæredati. Nihilominus tamen dicendum cenſeo, quòd etiam in hoc caſu illa exhæredatio alterius filij corruit. Quia *in Auth. Vt cum de appellat. § Siue igitur*, ex quo dicta *Auth Ex cauſa*, deſumpta eſt, ſolùm habetur, quòd præter hęredis inſtitutionem, omnia alia relicta in tali teſtamento contenta impleantur, & dentur ijs, quibus relicta ſunt, & tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum. Unde cùm per exhæredationem nihil relinquatur, aut dari jubeatur, ſed potiùs adimatur, non poteſt intelligi cōprehenſa in ijs, quæ dicuntur manere firma, teſtamento ex dicta cauſa euacuato: præſertim cùm exhæredatio ſit odioſa, & interpretatione adjuuari non debeat, *l. Cum quidam, ff. de Liber. & poſthum.*

Requiritur etiam ad valorem exhæredationis, vt is, qui exhæredatur non ſit in eodem teſtamento inſtitutus. Nam eo 254 inſtituto, inutilis intelligitur exhæredatio, & prçualet inſtitutio, vt aduertit

Digitized by Google

Mantica *lib. 4. de Conjectur. vltim. tit. 13. num. 31. per l. Si certatum, §. Si eodem, ff. de Milit. teſtam.* vbi Barthol. rationem reddit, quia cùm ex teſtamento, in quo quis exhæredatur, debeatur hæreditas hæredi ſcripto, ſi quæreretur debere hæredem à ſemetipſo hæreditatem adimere, quod fieri non poteſt, *l. Sed & ſi conditioni, §. vltim. ff. de Hæred. inſtit.* hoc autem fallit in milite, vt exprimitur *in d. §. Si eodem*: quia in teſtamentis militum ſola eorum voluntas ſpectatur. Et hæc ſufficiant pro iis, quæ ad exhæredationem liberorum legitimè faciendam requiruntur. Dicamus modò, ex quibus cauſis ea fieri poſsit?

§. 7. *Quæ ſint legitimæ cauſæ ex quibus liberi exhæredari poſſunt?*

SUMMARIUM.

Cauſæ, ex quibus liberi poſſunt exhæredari à parentibus ad certum numerum hodie ſunt redactæ, ſuntque omnino quatuordecim, ſecundùm jus commune; num. 255.

Prima cauſa eſt, ſi filius parentibus manus ſuas intulerit. Quæ etiam eſt de jure Luſitano; & quomodo intelligenda ſit? num. 256.

Secunda, ſi grauem injuriam parentibus ingeſſerit. Et qui illius ſit ſenſus? numer. 257.

Tertia, ſi parentes criminaliter accuſauerit in cauſis, quæ non fuerint aduerſus Principem, ſeu Rempublicam. Hæc etiam eſt de jure Luſitano. Et quomodo intelligi debeat? num. 258. & ſeq.

Quarta, ſit cum maleficis hominibus, vt maleficus verſatur. Et quomodo intelligenda ſit? num. 260.

Quinta, ſi vitæ parentum inſidiari tentauit. Et vtrùm excuſetur, ſi ante detectum crimen pœnituerit, ſaltem de jure Luſitano; num. 262. & ſeq.

Sexta, ſi nouercæ ſuæ, aut concubinæ patris ſe immiſcuerit. Quæ etiã habetur, & ampliatur de jure Luſitano. Et Quomodo intelligenda ſit? num. 263.

Septima, ſi deferendo parentes, grauia diſpendia eos fecerit ſuſtinere, & quæ iſta ſint diſpendia? num. 264.

Octaua, ſi noluit fidejubere pro aliquo ex parentibus à carcere liberando. Et quomodo id intelligatur? num. 265.

Nona, ſi prohibuerit parentes ſuos condere teſtamentum. Quod etiam eſt de jure Luſitano. Et quomodo id debet intelligi? num. 266.

Decima, ſi pretio exerceat officium arenariorum, vel mimorum, parentibus inuitis; num. 267.

Poſtea inuenies aliud ſummarium.

Cum liberis debeatur hæreditas parentum quoad portionem legitimã à jure præſcriptam, non permittunt leges, vt eâ poſſint priuari à parentibus, niſi ex aliqua, vel aliquibus juſtis cauſis per ipſas leges approbatis? Olim tamen non ſatis de omnibus ejuſmodi cauſis conſtabat; nam licèt conſtans ſemper fuerit, juſtam cauſam exhæredandi liberos eſſe ingratitudinem, ſeu offenſam aliquam grauem, qua parentes læſerint; attamen in particulari cauſæ talis ingratitudinis ad eam pœnam ſufficientes, neq; ſimul omnes, neque ſatis clarè in antiquis legibus reperiebantur: & aliquæ etiam in iiſdem legibus aſsignatæ, poſtea viſæ ſunt minùs juſtæ. Igitur, vt omnis tolleretur ambiguitas, & facilè conſtare poſſet, quæ cauſæ eſſent juſtæ, ac legitimæ, Iuſtinianus Imperator in celebri illo Authentico, *Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & tribus ſeqq.* eas omnes clarè ac diſtinctè comprehendit, ſtatuendo, vt deinceps nulli liceat ex alia lege (verba ſunt illius textus) ingratitudinis cauſas opponere, niſi quę in illius Conſtitutionis ſerie continentur. Has ergo, quæ omnino quatuordecim numerari ſolent, eodem ordine in præſenti proponemus, & quoad opus fuerit, explicabimus; addendo ſimul ea, quæ jus Luſitanum circa eandem 255

dem materiam diſponit, *lib. 4. Ordinat. tit. 88. per tot.*

256 Prima cauſa eſt, ſi parentibus manus ſuas intulerit: quod intelligendum eſt, de violenta injectione manuum, eâque graui, & mortaliter peccaminoſâ, vt declarat Molin. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 176. verſ. Prima eſt.* Unde ſi filius in ſui ipſius, vel alterius defenſionem juſtam id fecerit, non poterit ex tali cauſa exhæredari, vt rectè infert idem Molina, qui etiam bene addit, ſub hac cauſa comprehendi, ſi parentem ligno, vel lapide, aliâue re injurioſè attigerit; quemadmodum ad incurrendam excommunicationem ob violentam injectionem manuum in clericos, id ſufficiens à DD. judicatur. Approbat hanc cauſam jus Luſit. *d. tit. 88. §. 4.* quod eodem modo circa illam intelligendum eſt.

257 Secunda eſt, ſi grauem, & inhoneſtam injuriam parentibus ingeſſerit; ideſt, ſi grauem, ac fœdam contumeliam in eorũ faciem impegerit. Quod maximè procedit, ſi id faciat in loco publico, vbi meritò pater, vel mater rubore ſuffundatur, vt exprimit jus Luſit. hanc cauſam aſsignans *eodem tit. 88. §. 5.* Relinquitur autem arbitrio judicis, judicare, an contumelia fuerit grauis, aut leuis, vt idem jus Luſitanum declarat, & tradit Molina *vbi ſupra, verſ. Secunda.*

258 Tertia eſt, ſi parentes accuſauerit in criminalibus cauſis, quę non fuerint ob crimen aduerſus Principem, ſeu Rempublicam. Ius Luſitanum hanc ipſam cauſam aſsignans *in d. tit. 88. §. 6.* ſolùm excipit accuſationem, quæ ſit ob crimen contra ſtatum Regis, ideſt, ob crimen læſæ majeſtatis. Et in eodem ſenſu intelligo accipi *in d. Auth.* crimen aduerſus Principem, ſeu Rempublicam. Vnde ſi filius patrem accuſet de furto, vel alio damno dato in bonis Regis, vel Reipublicæ, vel de detractione, qua Principis mores carpſerit, alioue ſimili facto, ex quo ſtatus Principis, vel Reipublicæ non periclitatur, minimè excuſabitur, quominus propter talem accuſationem à patre exhæredari poſsit. Addit verò Molina *d. diſp. 176. verſ. Tertia,* debere etiam intelligi exceptam accuſationem de crimine hæreſis, vt propter eam non poſsit exhæredari filius, cùm hoc crimen ſit læſæ Majeſtatis diuinæ, & contra Rempublicam Eccleſiæ. Quod mihi etiam placet.

Vult etiam Couar. *in cap. Raynutius, in princip. num. 11. de Teſtament.* hanc 259 tertiam cauſam ſolùm intelligendam eſſe de accuſatione criminis, quo probato, pater eſſet dignus pœnâ mortis, exilij, vel infamiæ, aut mutilatione membri, aliâue pœna corporali. Id tamen ſolùm probat per aliquas leges Caſtellæ, & non videtur ita dici poſſe, juxta *d. Auth. Vt cum de appellat.* neque ſecundùm jus Luſitanum, cùm in his juribus ſolùm excipiatur accuſatio de crimine contra Principem, vel Rempublicam, quæ exceptio firmat regulam, vt ſcilicet de quocumque alio crimine filius patrem, vel matrem accuſauerit, poſsit ab eis exhæredari; ſiue pęna corporali, ſiue ſola pecuniaria, probato crimine, multandi eſſent. Addit prætereà Couar. *loc. citat.* cum Barthol. Ripa, & aliquibus Gloſſis, idem eſſe, ſi filius in illis criminibus ſponte, & non coactus aduerſus patrem dixerit teſtimonium, vel fuerit Aduocatus: quæ ſententia mihi videtur ſatis probabilis, cũ eadem pene ingratitudo appareat in his, atque in accuſatione.

Quarta eſt, ſi eum maleficis homini- 260 bus, vt maleficus verſatur. Concordat jus Luſit. *d. tit. 88. §. 7.* cujus verba ſunt; *Se uſar de feitiçaria, conuerſando com feiticeiros?* Quare duo conjunctim ad hanc cauſam requiruntur, & quòd ſit maleficus (ideſt venefica, tanquam ex profeſsione exercens,) & quòd cum maleficis, ſeu ejuſdem profeſsionis hominibus conuerſetur. Carolus Molineus, quem refert Couar. ſtatim citandus, putat in hac cauſa, nomine, *maleficorum,* intelligi tãtum, quos incantatores vocamus, ideſt, qui artem magicam, perniciosè exercent. At quòd etiam quilibet alij venefici ibi comprehendantur, docet meritò Couar. *in d. cap. Raynutius, in princip. num. 12.* & Molin. *d. diſp. 126. verſ. Quarta,* nam tex-

Digitized by Google

textus Græcus *in d. Auth. Vt cum de appellat.* habet ibi verbum quoslibet veneficium exercentes ſignificans. Unde *in LL Partit.Caſtell. l.* 4. *tit.* 7. *Part.* 6. expreſſè habetur, non ſolùm incantatores, ſed etiam quoslibet alios veneficos exhæredari poſſe.

261 Quinta cauſa eſt, ſi vitæ parentum ſuorum per venenum, vel alio modo, inſidiari tentauerit. Unde ſola attentatio, ſeu machinatio occiſionis ad hanc cauſam ſufficit, licèt nullus alius ſequatur effectus; vt quia pater re detecta, ſibi conſuluit, antequam ei præberetur venenum. Credit autem Couar. *vbi ſupra, num.* 13. quòd ſi filius antequam res detegeretur, pænitentiâ ductus à parua illa machinatione deſtitit, exhæredari ob præcedentem culpam non poſſe; quòd in d. textu ejuſmodi pænitentia non videatur excluſa. Et ita etiam videtur ſentire Molina *d. diſp.* 176. *verſ. Quinta.*

262 De jure autem Luſitano id omnino affirmandum eſt, vt idem Molina aduertit. Sic enim habetur *d. tit.* 88. *§.*8. *Se der peçonha ao pay, ou mãy, ou tratar de lha dar, & não ficar por elle ſerlhe dada.* Quæ vltima verba clarè oſtendunt, excuſari à dicta pæna filium, qui poſtquam egit de præbendo veneno, ductus pęnitentiâ à peragendo maleficio deſtitit, ſi modo ejus deſiſtentia in cauſa fuit, vt venenum reipſa non præberetur: ſic enim dicta ſententia intelligenda eſt. Nam ſi res eò jam perducta fuit, vt effectus præcedentis machinationis per eam filij deſiſtentiam non impediretur, veluti ſi venenatum potum, aut cibum patri miſerat per nuntium, quem jam reuocare non potuit, antequam ad patrem perueniret, talis profectò deſiſtentia illi non proderit; cùm reipſa per illum non ſteterit, quominus venenum patri porrigeretur, etiam ſi pater illud non ſumpſerit. Additur præterea in d. jure Luſit. ſatis eſſe ad dictam pænam, præbere anſam, fauorem, conſilium, aut conſenſum, vt alter conſultò dictum venenum præbeat. Item *§.* 9. ſubditur, idem eſſe, ſi filius quocumque alio modo per ſe, vel per alium mortem patris, vel matris procurauerit.

Sexta eſt, ſi nouercæ ſuæ, aut concubinæ patris, filius ſe immiſcuerit. Quod intelligendum eſt de concubina vnica, & in domo patris retentâ, vt declarat Couar. *vbi ſupra, num.* 14. quia leges ciuiles per concubinam intelligunt vnam in domo retentam. Et ita expreſsè diſponit jus Luſit. *d. tit.* 88. *§.* 10. extendens hanc cauſam etiam ad inhoneſtam affectionē, ſeu amorem, ibi; *Se euue affeição, ou ajuntamento carnal com a molher de ſeu pay, ou com ſua manceba, que conſigo tinha em caſa mantiuda, & gouernada.* Diſponit prętereà idem jus Luſit. vt idem ſit in filia, quæ rem habuerit cum marito matris ſuæ, vel cum viro, cujus concubina domi retenta eſſet ejus mater. Notat autem, & bene Couar. *ſup.* & cum eo. Molin. *dict. diſp.* 176. *§. Sexta,* hanc cauſam non habere locum, ſi filius rem haberet cum muliere, quam ignorabat eſſe matrem, vel concubinam patris; quia talis ignorantia illum excuſat à culpa ingratitudinis erga patrem, propter quam pæna exhæredationis imponitur. 263

264 Septima eſt, ſi delator contra parentes filius extiterit, & per ſuam delationē grauia eos diſpendia fecerit ſuſtinere. Ius Luſitan. *dict. tit.* 88. *§.* 11. eandem cauſam aſsignans, & magis declarans, ſic habet; *Se deu informação famoſa do pay, ou mãy à Iuſtiça, pella qual receberão algũa deshonra na peſſoa, ou dano em ſeus bens, ou fazenda.* Qui profectò eſt legitimus ſenſus, in quo prędicta verba juris communis accipienda ſunt, vt bene docet Molina *d. diſp.* 176. *§. Septima*: quanuis Couar vbi ſup. aliquantò aliter interpretetur. Quam graue autem debeat eſſe diſpendium ex illâ delatione parentibus ſequutum, judicis arbitrio relinquitur, vt citati DD. aduertunt.

265 Octaua eſt, ſi quemlibet de prædictis parentibus incluſum eſſe contigerit, & liberi maſculi, qui poſſunt ab inteſtato ad ejus ſucceſsionem venire, petiti ab eo, vel vnus ex his, in ſua cum noluerit fidejuſsione ſuſcipere, vel pro perſona, vel pro debito, in quantum eſſe, qui petitur, præbatur

Digitized by Google

batur idoneus. Concordat jus Luſit. *d. tit.* 88. §. 12. Hoc tantùm excepto, quod ſolùm de fidejuſsione pro debito mentionem facit; tacitè, vt arbitror, hanc cauſam excludens quoad fidejuſsionem pro perſona.

266 Nona eſt, ſi conuictus fuerit aliquis liberorum, ex eo quod prohibuerit parentes ſuos condere teſtamentum: tunc enim ſi poſtea teſtamentum facere potuerint, licentiam habent ex hac cauſa filiũ exhæredandi. Quod ſimiliter diſponitur in jure Luſit. *d. tit.* 88. §. 13. ſi autem poſtea teſtari non potuerint, atque adeo ob illam prohibitionem inteſtati deceſſerint, diſponitur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, vt tunc circa hæreditatem defuncti ſecundùm alias leges ſuper hoc poſitas negotia terminentur. Quæ autem hæ leges ſint, & quid in tali caſu diſponant declarat Gloſ. *ibi, verb. Leges*, & ex ea tradit Molin. *d. diſp.* 175. *verſ. Nona.* Ius verò Luſit. *loc. citat.* ſimpliciter ſtatuit, vt in tali caſu ille filius, vel filia ab hæreditate defuncti excludatur. Vt autem quis cenſeatur prohibuiſſe alium teſtari, ſatis eſt quòd impedierit tabellionem, vel teſtes, ne ad teſtamentum rite conficiendum accederent, vt idem Molina aduertit.

267 Decima eſt, ſi præter voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos ſe ſe filius ſociauerit, & in hac profeſsione permanſerit, niſi forſitan etiam parentes ejuſdem profeſsionis fuerint. Declarat Molin. vbi *ſup. verſ. Decima*, id eſſe intelligendum de ijs, qui pretio, atque ex officio mimi ſunt, aut ſe ad gladiandum, vel pugnandum cum beſtijs conducunt; quare vix hodie locum habere, propterea que hanc cauſam in jure Luſitan. prætermitti: nullam enim de illa mentionem facit.

SUMMARIUM.

Vndecima cauſa eſt, ſi filia, vel neptis luxurioſam vitam elegerit, cùm parentes eam vellent maritare, & dotare, nec illa ad vigintiquinque annorum ætatem perueniſſet. Et quomodo id ſit intelligendum? n. 268. *cum ſeqq.*

Vtrum tali filiæ proſit, vt non poſsit exhæredari, quòd ad honeſtam vitam redierit? num. 270. 615

Vtrum talis filia nubens abſque conſenſu parentum, licèt luxurioſe non vixerit, poſsit exhæredari, ſecundùm d. jus cõmune? num. 271. *& ſeq.*

Si mater ſit meretrix, vel luxuorioſe viuat, non poteſt ob dictam cauſam filiam exhæredare, niſi jam ipſa mater eſſet emendata: & an oporteat eſſe emendata tempore teſtamenti? numer. 274. *Aliter verò ſe res habet in patre, ibidem.*

Vtrum prædicta cauſa locum etiam habeat in filio luxurioſam vitam eligente? num. 275.

Quid jus Luſitanum circa prædictam cauſam ſtatuat? num. 276.

Secundùm jus Luſitanum, ſatis eſt quod filia minor vigintiquinque annis ſemel fornicata fuerit, ad hoc vt maneat exhæredata à bonis patris, vel matris; non ita verò, ſecundùm jus commune, quod actuum frequentiam requirit; numer. 277.

Secundùm idem jus Luſitanum, ſi dicta filia in ſuum corpus peccans, vel nubens abſque conſenſu parentum, patrem tunc habebat, ſolùm exhæredatur à bonis patris: ſi autem ſolùm habebat matrem, ab ejus tantùm bonis, non verò à bonis patris exhæredatur; num. 278. 260

Parens, in quem filia dicto modo errauit, poteſt ſecundùm jus Luſitanum illi parcere, eamque hæredem facere, ſi alios filios innoxios tempore mortis non habeat? num. 279. *& ſeq.*

Filia nubens abſque conſenſu parentum non manet ipſo facto exhæredata, ſecundùm jus Luſitanum, ſi pater maritabat illam dare in matrimonium viro indigno; num. 281.

Prædicta cauſa, ſecundùm jus Luſitanũ, locum etiam habet in filia emancipata, & vidua. Et vtrùm etiam procedat

dat in filia naturali hominis plebeij? num. 282.

Vtrùm prædicta pœna exhæredationis impoſita filiæ nubenti abſque conſenſu parentum incurratur ante matrimonium conſummatum? num. 283.

Quid, ſi dicta filia nulliter matrimonium contraxit? num. 284. *Quid etiam, ſi matrimonium ſolùm fuit nullum quà tale, valuit autem vt ſponſalia? numer.* 285.

Vtrum leges tam iuris Cæſarei, quàm Luſitani, quibus filia legitimè altâs nubens exhæredatur, ſi inuitis parentibus contrahat, iure Canonico ſint correctæ? num. 286. *& ſeqq.*

Vtrum pœna exhæredationis conſiſtat in lucro amittendo, quatenùs filium, vel filiam priuat legitimâ, quam ex bonis parentum ſperabat, tanquam aliquo modo ſibi debitam? num. 291. *& ſeq.*

Poſtea inuenies aliud ſummarium.

268 VNdecima cauſa eſt, ſi alicui ex prædictis parentibus volenti ſuæ filiæ, vel nepti maritum dare, & dotem ſecundùm vires ſubſtantiæ ſuæ pro ea præſtare, illa non conſenſerit, ſed luxurioſam vitam elegerit. Subditur autem in eodem texto; *Si verò vſque ad* 25. *annorum ætatem peruenerit filia, & parentes diſtulerint eam marito copulare, & forſitan, ex hoc contigerit in ſuum corpus eam peccare, aut ſine conſenſu parentum marito ſe, libero tamen, conjungere, hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari quia non ſuâ culpâ, ſed parentum, id commiſiſſe cognoſcitur.* Quare vt filia, vel neptis ob hanc cauſam exhæredari poſſit, tres requiruntur conditiones, vt notat poſt alios Sanch. *lib.* 4. *de Matrim. diſp.* 24. *num.* 4.

269 Prima conditio eſt, vt parentes vellent eam in matrimonio collocare, & dotem ſecundùm vires ſuæ ſubſtantiæ tradere. Semper autem præſumendum eſt, velle parentes id facere, quando contrarium non conſtiterit, vt bene probat idem Sanch. *num.* 5. poſt Molin. *d. diſp.* 176. *verſ. Circa hanc vndecimam.* Nec obſtat, quòd per illa verba; *Volenti ſuæ filiæ, &c.* videatur in d. textu exigi, vt parens obtulerit ſe ad filiam, vel neptem maritandam, & dotandam, antequam ad ætatem 25. annorum perueneri. Nam reverà id non exigitur, nec talis filia excuſatur, quominus exhæredari poſſit, ex eo quod pater in hoc negligens fuerit, dum illa erat minor 25. annis, quia vſque ad illam ætatem non cenſetur pater fuiſſe culpabiliter negligens, vt colligitur ex vltimis verbis prædicti textus, vbi ſolùm tribuitur culpæ parentum, quod diſtulerint ad eam vſque ætatem filiam maritare, & dotare.

Altera conditio eſt, vt filia non acquieſcens voluntati parentum volentium eam maritare, & dotare, vitam luxurioſam elegerit. Vnde non ſufficit, quòd ſemel, aut bis furtim corporis ſui copiam fecerit (quidquid in contrarium ſenſerit. Coſta ſtatim citandus) ſed quòd malè viuat meretricando, etiam ſi id non faciat in lupanari publico: Molina *vbi ſup. verſ. Obſerua deinde,* Sanch. *d. diſp.* 24. *num.* 6. & alij. Utrùm verò ei proſit, ad hoc vt non poſſit exhæredari, ſi ad honeſtam vitam redierit. Negat communior DD. ſententia, pro qua ſtat Coſta *in §. Et quid ſi tantum, p.* 3. *num.* 92. Molin. *cit. verſ. Dubium præterea eſt,* Petr. Barb. *in l.* 1. *p.* 4. *num.* 45. *ff. Solut. matrim.* & alij, quos refert Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 88. *§.* 1. *num.* 7. Tertia conditio eſt, vt filia ſit minor 25. annis, nam ſi ſit maior, non ejus culpæ, ſed parentum, qui ei de marito, & dote non prouiderunt, tribuitur quòd in ſuum corpus peccauerit, aut ſine eorum conſenſu nupſerit. Quod tamen limitatur, dummodo nupſerit viro libero. Unde ſi nupſerit, mancipio, non excuſatur quominus exhæredari poſſit: vt planè conſtat ex d. textu, & docet ibi Gloſ. communiter recepta *verb. Vſque, & in Auth. Sed ſi poſt, in princip. Cod. de Inoffic. teſtam.* Sanch. *d. diſp.* 24. *num.* 10. Molina, *d. diſp.* 176. *verſ. Obſerua tertiò, & alij.*

271 Quæſtio verò eſt, an filia minor 25. annis nubens abſque conſenſu parentum, licèt luxurioſè non vixerit, poſsit juxta prædictum textum exhæredari? Et ratio dubitandi pro parte affirmatiua eſt, quia dum in prædicto textu de ſola filia minori 25. annis ſtatuitur, vt ſi nupſerit abſque parentum conſenſu, non poſsit ob hanc cauſam exhæredari, dummodo nupſerit libero, videtur à contrario ſenſu ſtatui, vel ſupponi, quod ſi filia ſit minor, poſsit ob eam cauſam exhæredari. Et ita hanc partem ex alijs etiam fundamentis amplectuntur Goffred. Bald. Ancharan. & alij, quos refert Sanch. *d. diſp.* 24. *num.* 2. Nihilominus contrarium tenent Molina alios referens *d. diſp.* 176. *verſ. Obſerua tertiò*, & Sanch. *proximè citat. numer.* 3. vbi multò plures pro hac parte adducit. Eaque mihi etiam videtur præferenda: quia cùm text. *in d. Auth. Vt cum de appellat. d. §. Aliud quoque*, loquendo de filia minore, ſolùm ſtatuat vt exhæredari poſsit, ſi luxurioſam vitam elegerit; quòd poſtea contrarium ſtatuat in filia maiori, addendo, vt etiam exhæredari nequeat, ſi nupſerit abſque parentum conſenſu; non bene inde arguitur, aliud eſſe in filia minore: tum quia, ſi lex id voluiſſet, expreſsiſſet; tum maximè quia exhęredatio cùm ſit pæna, & valde odioſa, non debet interpretationibus adjuuari, vt ſæpius dictum eſt, & DD. communiter admittunt. Siqui autem ſunt textus contrariæ opinioni fauentes, ij omnes ſunt correcti per *d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque*, vbi ſtatuitur, vt deinceps ex ſolis cauſis ibi contentis filios exhæredare liceat.

272 Si autem filia minor 25. annis nupſerit mancipio abſque parentum conſenſu, docet bene Molina *vbi ſup.* & Sanch. *d. diſp.* 24. *num.* 10. bene poſſe ob eam cauſam exhæredari, quanuis luxurioſè non vixerit. Nam ſi id ſtatuitur in filia maiore, à fortiori habet locum in minore.

273 Dum verò in dicto textu ex *Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque*, requiritur, quòd filia ſit minor 25. annis ad hoc vt poſsit exhæredari, ſi luxurioſam vitam elegerit, intelligendum id eſt de ætate completa 25. annorum completorum: tum quia ita colligitur ex *dict. Auth. Sed ſi poſt, Cod. de Inoffic. teſtament.* ibi; *Sed ſi poſt 25. annos:* tum etiam, quia in *dict. §. Aliud quoque*, ponitur illa ætas in plurali, & in genitiuo, & per verbum ſubjunctiui, cum præpoſitione, *per*; ibi; *Vſque ad 25. annorum ætatem peruenerit*, quæ omnia perfectionem, & complementum important, vt notant communiter DD. *in l. Si cui legetur, in princip. ff. de Legat.* 1. Et ita docent Sanch. *lib. 4. de Matrimon. diſput.* 24. *numer.* 9. & Bened. Ægid. *in Repet. l. Titiæ, p.* 3. *ſub numer.* 32. innuitque Molina *dict. diſput.* 176. *verſ. Couar. cap. Raynutius.*

274 Illud etiam notandum, ſi mater ſit meretrix, ſeu luxurioſè viuat, non poſſe filiam ſimiliter viuentem ob hanc cauſam exhæredare, vt cum Barth. Baldo, & communi, *in l. In arenam, Cod. de Inoffic. teſtam.* & multis alijs, docet Sanch. *d. diſp.* 24. *num.* 7. quod etiam tenet Molina *loco proximè citat.* & colligitur apertè ex Gloſ. *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque, verb. Profeſsionis.* Id tamen intelligendum eſt niſi mater ſit emendata, vt DD. communiter fatentur. Et quidem communis ſententia, teſte Menchaca *de Succeſsion. creat. p.* 1. *lib.* 1. §. 10. *numer.* 611. docet, ſatis eſſe quòd ſit emendata tempore mortis, quia vltima conſuetudo inſpicienda eſt, *l. Mela, §. 1. ff. de Adm. leg.* & ita docent Bald. *in l. Si filiam, Cod. de Inoffic. teſtam.* Angel. & Guillielm. Bened. quos refert, & ſequitur Gregor. Lop. *in l.* 5. *verb. Desheredar, tit.* 7. *part.* 6. At meliùs idem Menchaca, & Sanch. *d. diſput.* 24. *num.* 4. & tenent, opus eſſe vt emendata fuerit tempore, quo teſtamentum ſcribebat; quia alioqui videretur punire in filia turpitudinem in ſe ipſa admiſſam; quod à ratione abhorret, & *in d. l. In arenã*, reprobatur. Aliter autem ſe res habet in patre. Is enim, quanuis luxurioſè viuat, filiã minorẽ 25. annis ſimiliter viuẽtẽ exhæredare poteſt; quia luxurioſa vita non ita

Digitized by Google

vituperatur in viris ſicut in fœminis, vt multis citatis probat Tiraquel. *l.* 1. *connub. num.* 45. & ita docent idem Tiraq. *ibi*, Menchaca *vbi ſupra, num.* 610. Molina *dict. diſp.* 176. *verſ. Couar.* Sanch. *dict. diſp.* 24 *numer.* 7 & multi alij, quos referunt.

275 Si quæras, vtrùm prædicta cauſa locum etiam habeat in filio? Reſpondetur negatiuè, quia *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque*, ſolùm fit mentio de filia, & cùm res ſit odioſa, non debet extendi ad filium; præſertim, cùm in maſculis non ita reprobetur incontinentia, ſicut in fœminis, vt dictum eſt. Et ita docent Gloſ. *in cap. Quintauallis, de Iure jur. verb. Exhæredare*, Alex. de Neuo *in cap.* 1. *de Sponſal. impub.* Sylu. *verb. Hæreditas*, 2. *q.* 2. Sanch. *d. diſp.* 24. *numer.* 10. Petr. Barboſ. Caldas Per. & Bened. Ægid. quos citat & ſequitur Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 88. *§.* 1 *num.* 3. licèt contrarium docuerit Menchaca *de Succeſſ. creat. p.* 1. *lib.* 1. *§.* 10. *num.* 634. dicens idem eſſe in filio ignominioſè vxorem ducente contra voluntatem parentum, & *num.* 635. vbi idem dicit, licèt filius irritum matrimonium contrahat. Quæ opinio eſt valde ſingularis, nec apparet probabilis.

276 Hactenus circa præfatam vndecimam cauſam dicta procedunt, ſpectato jure Cæſareo *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, jure autem Luſitano *lib* 4. *Ord. tit.* 88. *§.* 2. *&* 3. ſtatuitur vt ſi aliqua filia ante 25. annorum ætatem dormierit cum aliquo viro, vel nupſerit abſque juſſu patris ſui, vel matris ſuæ patrem non habens, ipſo facto ſit exhæredata, & excluſa ab omnibus bonis, & ſubſtantiâ patris, vel matris, quanuis per illos non ſit expreſsè exhæredata. Et ſi tempore mortis patris, vel matris, extiterint alij filij legitimi, non poſsit pater, vel mater illam hæredem facere in legitima, quæ de jure ad illam ſpectabat, abſq; conſenſu filiorum, vel filiarum quæ talem errorem non commiſerunt. Si autem tempore mortis, vel patris, vel matris, non extiterit alius filius, vel filia legitima, vel nepotes, aut deſcendentes legitimi vniuscujuſq; ipſorũ, tunc poſsint ipſi, & quilibet eorum hæredem facere filiam, quæ contra eos errauit, quomodo, & in quantacumque parte bonorum ipſis placuerit; eoquod injuriam ſibi tantùm illatam recetè condonare poſsint; cùm non extet alius filius, vel filia, aut nepos, cui in hoc præjudicetur. Veruntamen ſi filia nupſiſſet viro notoriè meliori, & honoratiori, quàm cui pater vel mater eam dare poterant in matrimonium, tunc non maneat exhæredata ab omnibus bonis, & ſubſtantiâ patris, vel matris, quemadmodum ſupra dictum eſt; ſed tantummodo pater, vel mater poſsint, ſi velint, exhæredare illam à dimidia parte legitimæ, quæ per mortem cujuſq; illorũ ad eam pertinebat. Si autem eam expreſsè à dicta parte non exhæredent, obtineat liberè integram legitimam, perinde acſi de conſenſu eorũ nupſiſſet. Et hoc ſiue tẽpore mortis extet alius filius, vel alia filia legitima, vel nepos, ſiue non extet. Huc vſq; d. Ord Luſit.

Vbi obſeruandũ eſt primò, juxta hanc legem, ſatis eſſe, quòd filia minor 25. annis ſemel fornicata fuerit ad hoc vt maneat exhæredata à bonis patris, vel matris, vt optimè aduertit Petr. Barb. *in l.* 1. *p.* 4. *n.* 44. *ff. Sol. matr.* nam verba illa d Ord. *Si dormierit cum aliquo viro*, proprijſsimè verificantur, etiamſi ſemel tantũ peccauerit. De jure autem cõmuni non ſufficit, ſemel, aut bis peccaſſe, cum in *d. Auth. Vt cum de appellat.* requiratur, quòd vitam luxurioſam duxerit; ad cujus rei veritatem pluriũ actuũ frequentia neceſſaria eſt, vt jam *ſupra n.* 270. cum Mol. Sanch. & alijs notauimus. 277

Obſeruandũ ſecundò, dictam filiam in ſuũ corpus peccantem, vel nubentẽ abſq; conſenſu parentũ, ſi patrẽ habebat, quando id cõmiſit, ſolũ exhæredari à bonis, & ſubſtantiâ patris, non verò matris: ſi autẽ jam non habebat patrẽ, habebat autẽ matrẽ; tunc exhæredari à bonis matris, non vero patris. Ita planè colligitur ex dicto textu Ordinat. & notat bene Molina *a. diſp.* 176. *verſ. De jure hujus Luſitaniæ* 278

Rebel.

Rebel. *de Obligat. juſt. p. 2. lib. 2. q. 14. num.* 30. & Fragoſ. *p. 3. lib. 2. diſp.* 5. §. 2. *num.* 29.

279 Obſeruandum tertiò, parentem, in quem filia dicto modo errauit, poſſe illi parcere, eamque hæredem facere, niſi tempore mortis habeat alios filios, vel filias innoxias, alioſuè deſcendentes legitimos, qui non conſentiant, eam ſecum admitti ad hæreditatem. Ita planè conſtat ex ipſo textu d. Ordinat. At ſi habeat alium, vel alios maſculos ſimilis culpæ reos, quòd ſcilicet carnaliter peccauerint, vel abſque ejus conſenſu nupſerint, dubitari meritò poteſt, an ſit neceſſarius eorum conſenſus, ad hoc vt prælatam filiam hæredem facere poſsit? Et ratio dubitandi pro parte negatiua ſumitur ex verbis d. Ordinat. quatenus dicit, quòd parens alios filios habens, non poterit facere hæredem illam filiam abſque conſenſu filiorum, vel filiarum, quæ talem errorem non commiſerunt. Unde à contrario ſenſu planè conſequitur, non requiri conſenſum filiorum vel filiarum, quæ ſimilem errorem ſeu culpam admiſerunt. Et ita pro hac parte ſtat D. Petr. Barboſa *in l. 1. p. 4. num. 47. verſ. Circa quam Ordinationem*, dicendo filium, qui ſimilem ingratitudinem commiſit, non poſſe impedire, quin ſi pater velit poſsit legitimam relinquere filiæ, quę nupſit ſine patris conſenſu, ex ratione *l. In arenam. Cod. de Inoffic. teſtam.*

280 Cæterùm mihi diſtinguendum videtur, dicendumque ſi filius nupſit abſque parentum conſenſu, non poſſe ob ſimilem culpam filiæ impedire parentes, ne abſque ejus conſenſu poſsint illam inſtituere hæredem in legitima; ſecus autem ſi culpa filij in eo tantùm conſtitit, quod fornicatus ſit: tunc enim bene poterit impedire patrem ne abſque ſuo conſenſu hæredem faciat filiam, quæ in ſuum corpus peccauit, vel abſque parentum conſenſu nupſit. Ratio diuerſitatis eſt, quia filius nubendo abſque conſenſu parentum committit reverà errorem, & ingratitudinem aduerſus illos ſimilem ei, quam committit filia ſimiliter nubens; & ideo non poteſt ob eam cauſam impedire, quominus pater ei poſsit relinquere legitimam, ne videatur improbare, & velle punire in ſorore crimen, quod in ſe ipſo admiſit, contra *dict. l. In arenam.* Et quoad hoc bene valet argumentum à contrario ſenſu ex citatis verbis dict. Ordinat. vt ſcilicet non requiratur conſenſus filij, qui ſimilem errorem commiſit. At verò ſi filius ſolùm commiſit peccatum fornicationis, dici non poteſt commiſiſſe ingratitudinem, ſeu errorem ſimilem ei, quem commiſit filia fornicando, vel nubendo abſque parentum conſenſu; nam fornicatio in filio non continet conſiderabilem injuriam, vel ingratitudinem aduerſus parentes, vt eſt notiſsimum. In filia autem vel ſemel tantùm copiam ſui corporis feciſſe, parentes valde dehoneſtat, & injuriâ afficit: & idem eſt, ſi abſque eorum conſenſu nubat: proindeque filius, qui fornicatus eſt dici non poteſt ſimilem errorem commiſiſſe. Et ita non procedit in eo ratio *dict. l. In arenam*, neque argumentum à contrario ſenſu ex dictis verbis Ordinat. ad hoc vt impedire nequeat parentes, ne dictam filiam poſsint inſtituere in legitima.

281 Obſeruandum quartò, dict. Ordinat. quatenus diſponit, vt filia nubens abſque parentum conſenſu maneat ipſo facto exhæredata, non procedere, ſi pater tractabat dare illam in matrimonium viro indigno: tunc enim culpa vnius cum alterius culpa compenſabitur, argum. *l. Cum mulier, ff. Solut. matrim.* Et ita cum alijs docet Caldas Pereira *lib. 1. QQ. forenſ. quæſt.* 18. *num.* 8. Barboſa *in l. 1 p.* 4 *numer.* 43. *ff. eodem*, qui tamen rectè limitat dummodo talis filia nubat alteri digniori, vel ſaltem æquè digno, juxta *l. Viro atque vxore, ff. eod.*

282 Obſeruandum quintò, dictam Ordinat. habere locum etiam in filia emancipata, & vidua. Dum enim diſponit, quod etiam nubens abſque conſenſu matris, quando patrem non habet,

dictam pœnam exhæredationis incurrat, planè oſtendit non requiri illum conſenſum ratione patriæ poteſtatis, ſed ratione honeſtatis juxta *cap. Honorantur*, 32 *q*. 1. quæ ratio æquè militat in filia emancipata, & vidua, atque in ea quæ adhuc eſt in poteſtate. Et ita ſentiunt D. Petr. Barb. *proximè citat*. & Bened Ægid. *tract. de Iure, & priuilegijs honeſt. art*. 7. *num*. 9. *&* 10. Utrum autem locum etiam habeat dicta Ordinatio in filia naturali hominis plebeij, quæ juxta legem hujus Regni *lib*. 4. *Ordinat. tit*. 92. *in princip*. ſuccedit patri ſimul cum filijs legitimis? Vide apud Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordinat. d. tit*. 92. *in princip. num*. 24.

283 Dubitabis verò, vtrùm dicta pœna exhæredationis impoſita filiæ minori nubēti abſque conſenſu parentum, incurratur ante matrimonium copulâ conſummatū? Reſpondet negatiuè Caldas Pereira *QQ. forenſ. lib*. 1 *q*. 18. *num* 8. quia cùm hæc materia ſit pœnalis, verbum, *Nupſerit*, quo dicta Ordinatio vtitur, debet intelligi de matrimonio perfecto per copulam, argum. *cap. Statutum*, *in fine*, 27. *q*. 2. Unde addit idem Caldas, ſi pater ante copulam conſentiat nuptijs filiæ, euitabitur dicta pœna exhæredationis. Nihilominus, ſatis eſſe matrimonium ratum ad illam pœnam incurrendam, tenent meritò Barboſ. *in l*. 1. *p*. 4. *num*. 43. *ff. Solut. matr*. Rebel. *de Obligat. juſt. p*. 2. *lib*. 2. *q*. 14. *num*. 27. & Fragoſ. *p*. 3. *lib*. 2. *diſp*. 5. *§*. 2. *num*. 36. quia dictum verbum, *Nupſerit*, verificatur in matrimonio rato, *cap. fin. de Sponſa duorum*: & in materia etiam pœnali, ſtandum eſt proprietati verborum, *l. Cum lege*, *ff. de Teſtam*.

284 Dubitabis præterea; quid ſi dicta filia nulliter matrimonium contraxit, vt quia nupſit conſanguineo, vel aliud dirimens impedimentum habenti? Sunt qui ſentiant, etiam ob tales nuptias dictam pœnam exhæredationis incurrere, ſi abſque conſenſu parentum contraxit: quia etiam per ejuſmodi nuptias grauis injuria infertur parentibus; propter quam dicta pœna exhæredationis impoſita eſt. Ita loquendo de exhæredatione, quæ per leges Caſtellæ imponitur tam filio, quàm filiæ nubenti clandeſtinè abſque parentum conſenſu, docent nonnulli apud Sanch. infra citandum, exiſtimantes eam pœnam incurri, licèt tale matrimonium fuerit nullum, vt ſi fuit contractum non præſente parocho, & teſtibus: ſæpe enim leges actum aliquem punientes ſolum factum, & animum prauum facientis conſiderant, non verò effectum; & ita videtur contingere in præſenti.

Nihilominus probabilius videtur, dictam pœnam exhæredationis in hoc caſu non incurri, vt agendo de contrahentibus nulliter matrimonium clandeſtinum latè probat Sanch. *lib*. 3. *de Matrimon. diſp*. 2. *num*. 5. vbi pro eadem ſententia refert, Ioan. Lup. Caſtill. Mattienſo, Azeuedo, & alios. Ratio præcipua eſt, quia regulariter appellatione actûs, ſolus actus validus comprehenditur, vt probat Tiraquel. *de Retractu lignag*. *§*. 1. *Gloſ*. 2. *num*. 5. *& in l. Boues*, *§*. *Hoc ſermone*, *tota limit*. 1. *ff. de Verb. ſignif*. ergo cùm dicta pœna imponatur filiæ nubenti abſque parentum conſenſu, intelligi debet de nubente validè, quia nihil apparet, vnde colligamus, mentem legis fuiſſe, vt etiam actus nullus contra prædictam regulam comprehenderetur. Licèt enim parentibus etiam per talem actum nullum fiat injuria; at reverà non eſt tanta, nec durabilis, ſicut quæ illis irrogatur per matrimonium validum; & ideo cùm materia ſit odioſa, & reſtringenda, non debet intelligi, quòd lex voluerit æqualiter punire illam minorem injuriam, & actum etiam nullum comprehendere.

Prædictam verò ſententiam limitant Barboſa *in dict. l*. 1. *p*. 4. *num*. 39. Segura 2. *p*. *Director. cap*. 15. *numer*. 39. & Fragoſ. *p*. 3. *lib*. 2. *diſp*. 5. *§*. 2. *num*. 24. niſi tale matrimonium irritum fuerit conſummatum per copulam. Nam cùm illa copula fuerit illicita, & filia in ſuum corpus peccauerit, ratione talis peccati dictam pœnam exhæredationis incurret, cùm juxta *dict. Ordination. Luſitan*. vel ſemel ita peccaſſe, ſatis ſit ad hanc pœnam incurrendam, vt *ſupra*

ſupra, num. 277. dictum eſt, licèt de jure communi, & de jure etiam Caſtellæ luxurioſa vita requiratur, & non ſufficiat ſemel, aut bis copiam ſui feciſſe, vt *ſupra* etiam aduertimus. Hæc limitatio mihi etiam probatur. Intelligenda tamen eſt, niſi filia bona fide contraxiſſet exiſtimando, ſe validum matrimonium inire: nam copula, quæ durante ea bona fide interueniſſet, non eſſet culpabilis, & ſic non poſſet dictâ pænâ exhæredationis, vel aliquâ aliâ puniri.

285 Sed quid, ſi matrimonium, quod dicta filia contraxit, ſolùm fuerit nullum qua tale, valuerit autem vt ſponſalia, vt ſi erat impubes, vel nupſerit impuberi? Reſpondetur, non incurrere tunc dictam exhæredationis pænam, vt bene docet Barboſa *vbi ſupra, num.* 43. *ad fin.* & Rebel. *de Obligat. juſt. p.* 2. *lib.* 2. *q.* 14. *numer.* 27. quia non incurrit illam pænam ratione talis matrimonij vt ſic, cùm fuerit nullum; nec ratione ſponſalium, quæ per illud inducta ſunt, quia lex puniendo nuptias, non extenditur ad ſponſalia, cùm verba illis non conueniant, nec pænæ extendendæ ſint, ſed potiùs reſtringendæ.

286 Tandem circa prædictas leges, tam juris Cæſarei, quàm Luſitani, quatenus filiam legitimè aliàs nubentem exhæredant, ſi inuitis parentibus contrahat; graue dubium eſt, vtrum tales leges jure Canonico corrigantur? Duplex eſt ſententia. Prima affirmat, has leges eſſe correctas per jus Canonicum, atque adeo inualidas. Primò, quia tollunt libertatem matrimonij, quod jus Canonicum vult eſſe omnino liberum, vt conſtat *ex cap. Gemma, de Sponſal.* vbi annullatur pæna in ſponſalibus appoſita, ne contrahendi libertas minuatur. Secundò, quia *in cap. Tuam, de Ordin. cognit. & cap. Cauſam, o 2. Qui filij ſint legitimi, & cap.* 1. *de Sponſalibus*, definitur, cauſas matrimoniales, & condere leges circa matrimonia, non ſpectare ad poteſtatem ſæcularem. Tertiò, quia Concilium Tridentinum *ſeſſ.* 24. *cap.* 9. *de Reform.* dicit, maximè nefarium eſſe matrimonij libertatem violare; eáque de cauſa ſub anathematis pæna ipſo facto incurrenda præcipit omnibus temporalibus dominis, & magiſtratibus, ne quouis modo directè, aut indirectè ſubditos ſuos, vel quoſcumque alios cogant, quominus liberè matrimonia contrahant. Et ita hanc ſententiam tenent plurimi Iuriſperiti, quos longo ordine refert, eos ſequens Sanch. *lib.* 4. *de Matrimon. diſp.* 25. *num.* 2. quibus ex Theologis accedunt Victoria *in Sum. de Matrim. num.* 169. Veracruz 3 *p. Speculi, art.* 20. *concluſ.* 3. Ledes. 2. *p.* 4. *q.* 49. *art.* 6. Henriq. *lib.* 11. *de Matrimon. cap.* 6. *n.* 2. *fine*, Corduba *in Summa, q.* 171. & alij apud eundem Sanch. *vbi ſup.*

287 Aliqui tamen hanc ſententiam temperant, vt procedat, niſi filia nupſerit indigno. At meliùs alij hanc limitationem rejiciunt, quia eædem rationes ſunt pro contrahente cum indigno, atque cum digno. Sic Henriq. *ſup. n.* 3. Sanch. *n.* 3. Veracruz, & alij, quos idem Sanch. refert.

288 Secunda ſententia, cui tanquam probabiliori adhæreo, negat has leges corrigi per jus Canonicum. Primò, quia libertas matrimonij, quam jus Canonicum tuetur, & ipſa rei natura poſtulat, intelligi debet cum debitis circumſtantijs, & ſecluſis inordinationibus, quæ in vſu, ſeu abuſu illius interuenire poſſunt: alioqui ſi filia nobiliſſima Dynaſtæ, vel etiam ipſius Regis nubere vellet mancipio, vel perſonæ turpi, malè & contra jus Canonicum ageret pater, ſi eam impediret, ne tam inſignem maculam ſibi, & toti familiæ inureret; quod certè à communi omnium ſenſu abhorret; nec cogitari poteſt, velle Eccleſiam tam fœdam inordinationem tueri. Dictæ autem leges, dum pænam exhæredationis nubenti inuitis parentibus imponunt, non eo tendunt, vt libertatē matrimonij impediant, ſed vt filios à tali ejus abuſu coerceāt, ne effrænatâ licentiâ in re tanti momenti parentes contēnant, eiſq; ac ſibi ipſis ignominiā conquirant; & ſic juri Canonico non aduerſantur.

289 Secundò, quia filij nubendo abſque parentum conſenſu peccant mortaliter, ex ſententia grauiſſimorum DD.

quos latè refert Sanch. *lib. 4. de Matrimon. diſp. 23. num. 9.* Quod in filiabus receptum eſſe affirmat Barboſa *in l. 1. p. 4. num. 136. fine, ff. Solut. matrimon.* & clarè ſumitur ex ipſo jure Pontificio *in cap. Aliter, 30. q. 5.* vbi Euariſtus Papa ſtatuit vt pro nupta non habeatur puella, quam pater non deſponſat, & *in c. Qualis, ead. q. 5.* vbi Leo Pontifex ſimile ſtatuit, & licèt nonnulli, quos idem Sanch. *n. 10.* refert & ſequitur, teneant oppoſitū; nemo tamen negat, neque negare poteſt, malè & contra honeſtatis debitum agere filios, & maximè fœminas, ſi abſq; parentum conſenſu nubant, cùm id vbique vitio tribuatur, & non leue ſcandalum in republica generet, ſaltem regulariter. Ergo, qui id faciunt aliquam pœnam merentur, quæ per leges Ciuiles imponi poteſt; cùm tendat ad correctionem morum, quibus parentes, & reſpublica offenditur, quæ quidem correctio ad ſæcularem, & Ciuilem poteſtatem maximè ſpectabat, neque per jus Canonicum impediri debet, nec fortè poteſt, vt in ſpecie tradit Molin. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 176. verſ. Contrariam ſententiam.*

290 Tertiò, quia filij nubentes abſque cōſenſu parentum officium eorum vſurpāt; ad parentes enim maximè ſpectat prouidere filijs, maximè verò filiabus, de conuenientibus nuptijs, vt ex multis locis ſacræ Scripturæ oſtendit Bellarm. *lib. 1. de matrimon. cap. 19.* & videtur eſſe de jure gentium, vniuerſali omnium nationum vſu & conſuetudine explicato: vnde filij, qui in re adeò graui parentes contemnūt, eos valde offendunt, & grauem illis faciunt injuriam, vt vel ipſimet filij intelligunt: hinc enim eſt vt qui inuitis parentibus nubunt, non audeant ante eos comparere, & plerumque veniam ab eis petant, adhibitis ad hoc viris grauibus, qui eos placent, vtpote grauiter offenſos, ac juſtè ſibi iratos: ergo vt filij à tali injuria & ingratitudine deterreantur, juſtiſsimè per jus Ciuile coerceri debuerunt, appoſitâ pœnâ accommodatâ, qualis eſt priuatio hæreditatis.

291 Quartò denique probari ſolet dicta ſententia, quia pœna conſiſtens in lucro non acquirendo, non aduerſatur libertati matrimonij, vt tenent communiter DD. & latè probat Sanch. *lib. 1. de Matrim. diſp. 33. numer. 6. & ſeqq.* pœnæ autem exhæredationis, quam dictæ LL. imponunt, conſiſtit in lucro non acquirendo, quia licèt legitima dicatur filijs debita, *l. fin. verſ. pen. Cod. de Codicil. l. Cum in adoptiuis, verſ. Omnia igitur,* ibi; *Naturalia debita percipere, Cod. de Adopt.* & ita filij, petendo legitimam videatur agere de damno vitando: at reuerà, legitima non eſt illis debita jure naturali, ſed ſolùm ex diſpoſitione juris Ciuilis, juxta *not. in l. Iura ſanguinis, ff. de Reg. juris:* parentes enim de jure naturæ ſolùm tenentur præſtare filijs alimenta, non verò tantam vel tantam portionem hæreditatis eis relinquere: id enim per ſolas leges Ciuiles conſtitutum fuit: vnde pro diuerſa diſpoſitione legum cujuſque Regni, vel Prouinciæ, diuerſa legitima debetur, vt eſt notiſsimum; & ſic de illa quaſi de lucro captando judicatur, vt bene docet Gloſ. *in l. Si emancipata, fine, Cod. de Iur. & facti ignorant.* & ibi Barthol. *numer. 3.* Bald. Salic. Fulgoſ. & Iaſ. quos refert, & ſequitur Padilla *ibid. num. 32.* Aretin. Socin. Ioan. Lup. Segura, & Perez, quos citat Sanch. *lib. 4. de Matrim. diſp. 25. num. 1.* Ergo leges talem pœnam imponentes, cùm ſint de non acquirendo lucro, libertatem matrimonij non lædunt, & ſic non ſunt contrariæ juri Canonico, neque per illud corriguntur.

At hoc fundamentum, quanuis ſit probabile, & dictam ſententiam valde emolliat, nobis neceſſarium non eſt. Nam quanuis dicamus, quòd dicta pœna exhæredationis aliquo etiam modo conſiſtit in amittendo lucro, quatenus legitima, qua dicti filij priuantur, licèt non ſit verè debita, tamen quaſi debita cenſetur, vt cum Tiraquello, & alijs notat Sanch. *proximè citat.* nihil præfatæ ſecundæ ſententiæ efficit. Nam vt ſuperiores rationes oſtendunt, & expreſsè declarat Molina ſtatim citandus, in ſæculari republica non deeſt poteſtas ad veras, & proprias pœnas 292

eâ de cauſa ſtatuendas. Et ita hanc ſecundam ſententiam tenent grauiſsimi Iuriſtæ Calderin. *in cap. 1. de Clandeſtin. deſponſ.* Felin alios referens *in cap. Eccleſia, de Conſtitut.* Bald. *in cap Tenor, in fine, de Sent. & re judic.* Paul Caſtr. *in Auth. Sed ſi poſt, Cod. de Inoffic. teſtam. teſtam.* Menchaca *de Succeſſ. creat. p. 1. lib. 1. §. 10. num. 228. & ſeq* Petr. Barb. *in l. 1. p. 4. num. 36.* multique alij, quos refert Sanch. *d. diſp 25. numer. 2.* dicens eſſe probabiliſsimam, & ex Theologis Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſp. 176. verſ. Contrariam ſententiam* Sot. *in 4. diſt. 29. q. 1. art. 4 ad 4.* Barthol. de Ledeſ. *de Matrim. dub. 24.* Salon. *2. 2. poſt q. 61. tract de Dominio, q. 5. art. 5.* Rebel. *2. p de Obl juſtit. lib. 2. q. 14. n. 29.* & alij quos refert Sāch. *vbi ſup.* & pro hac etiam parte ſtat praxis.

Nec obſtant fundamenta pro priori
293 ſententia adducta. Ad primum enim reſpondetur, per dictas leges non tolli libertatem matrimonij, quam jus Canonicum tuetur; ſed tantùm corrigi, & puniri inordinationes, quę in abuſu illius cernuntur, quando filij abſque parentum conſenſu contrahunt. Contra quod non vrget *d. cap. Gemma*, nam ibi ſolùm excluditur coactio per pœnam conuentionalem ad matrimonium contrahendum: in noſtro verò eaſu de tali coactione nō agitur, ſed ne filij, aut filiæ indecenter, & cum injuria parentum contrahant, quæ injuria pœnam meretur, quam reſpublica rectè poteſt infligere. Ad ſecundum reſpondetur, dictas leges nihil ſtatuere circa cauſas matrimoniales, neque circa matrimonia, ſed tantùm circa crimen, & ingratitudinem filiorum nubentium abſque parentum conſenſu. Ad tertium reſpondetur, Concilium Trid. eo loco ſolùm procedere contra impedientes libertatem matrimonij, cogendo aliquem, vt nubat certæ perſonæ: leges autem de quibus loquimur, non cogunt filios vt nubant perſonæ à parentibus deſignatæ, ſed ne nubant abſque eorum conſenſu; quod eſt longè diuerſum, nec libertatem matrimonij oſtendit; à qua omnem abuſum, & inordinationem propulſari æquum eſt.

SUMMARIUM.

DVodecima cauſa eſt, ſi filius, parente in amentiam incidente, curam ejus non egerit; numer. 294. Et quid, ſi extraneus de eo curauerit? Item, quid de jure Luſitano? num. 295 Quid etiam, ſi neque extraneus curam illius egerit? num. 296.

In quibus hæredibus pœna hujus cauſæ locum habeat? num. 297.

Decima tertia eſt, ſi parens ſit captiuus, & filius non feſtinauerit eum redimere. Et quid, ſi parens in captiuitate moriatur, non liberatus ob negligentiam liberorum, vel aliorum hæredum ab inteſtato, vel ex teſtamento, qui ſcirent, ſe ſcriptos eſſe hæredes? numer. 298. Quid circa hanc cauſam de jure Luſitano? num. 299.

Minor, qui 18. ætatis annum exceſſerit, perinde poteſt celebrare contractus ad parentem captiuum redimendum, ac ſi eſſet maior; ibidem.

Decima quarta eſt, ſi parentes ſint Catholici, filius verò hæreticus; num. 300.

Omnes prædictæ cauſæ locum pariter habent in auo, auia, & alijs aſcendentibus, vt deſcendentes exhæredare poſſint; num. 301.

DVodecima cauſa eſt, ſiquis de prædictis parentibus furioſus fuerit, & ejus liberi, vel quidam ex his, aut liberis ei non exiſtentibus, alij ejus cognati, qui ab inteſtato ad ejus hæreditatem vocantur, obſequium ei, & curam competentem non prębuerit. Tunc enim, ſi ille parens ad mentem redierit, ſit ei poteſtas, vtrùm velit negligentem filium, vel filios, aut cognatos ingratum vel ingratos in ſuo ſcribere teſtamento; id eſt, inſtituere, vel exhæredare. Sic habetur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siquis de prædictis.* Et hoc ipſum ſtatuitur jure Luſitano *lib. 4. Ordin. tit. 88. §. 4.* 294

Fff 4 Sub-

295 Subditur præterea in eodem §. *Siquis de prædictis*, ſi aliquis extraneus videns dictum furioſum à ſuis neglectum liberis, vel cognatis, aut alijs ab eo ſcriptis hæredibus, & pro miſericordia voluerit eum procurare, dari ei licentiam admonendi in ſcriptis eos, qui ab inteſtato, vel ex teſtamento antea facto ad ejus hæreditatem vocantur, vt ejus curam habeant: & ſi illi poſt hujuſmodi atteſtationem factam neglexerint, & ille extraneus in ſuam domum eum ſuſceperit, ac ſuis ſumptibus vſque ad finem vitæ procurauerit, ejus ſucceſsio ad ipſum extraneum deueniat, euacuatá inſtitutione eorum, qui furioſo curam præbere neglexerunt; ſic tamen, vt cætera teſtamenti capitula firma permaneant. Idem cum aliqua diuerſitate diſponit jus Luſitan. *d. tit.* 88. §. 15. Quia in primis ex parte illius extranei ad hoc vt hæreditatem furioſi conſequatur, non exigit, quòd furioſum ſuſcipiat in ſuam domum, & proprijs ſumptibus procuret, ſed quòd ei inſeruiat, ejuſque ſanitatem procuret, quoad rationabiliter poterit. Deinde ita demum hæreditatem furioſi ei tribuit, ſi ille in amentia moriatur. Unde ſi recuperata ſanitate mortuus fuerit, non deueniet ejus hæreditas ad illum extraneum. Quod etiam de jure communi in *d.* §. *Si quis de prædictis*, videtur dicendum, licèt illa conditio in eo textu non exprimatur; quia ſatis apertè ibi ſupponitur, dum ab illo extraneo exigitur, vt furioſum illum procuret vſque ad finem vitæ ejus, vtique ratione furoris ad mortem vſque durantis tali procuratione indigentem.

296 Quòd ſi neque extraneus curam furioſi egerit, tunc ejus hæreditas auferenda eſt ab eis, ad quos de jure, vel ex teſtamento pertinebat, tanquam ab indignis; eoquod neglexerint curam illi præſtare, & applicanda eſt Fiſco, juxta *l.* 3. *ff. de Ijs, quibus vt indignis.* Sic Gregor Lop. *in l.* 5. *tit.* 7. *p.* 6. & Molina *d. diſp.* 176. *verſ. Duodecima eſt*, cum Gloſ. *in Auth. Liberi, verb. Capituli, Cod. de Epiſcopali audien. & in d.* §. *Si quis de prædictis, verb. Neglexerint, in* 1. *reſpon.* Iure autem Luſit. *in d. tit.* 88. §. 14. abſolutè ſtatuitur, vt in hoc caſu dicti hæredes negligentes furioſi hæreditatem non cōſequantur; cùm præſumendum ſit, quòd ille ſi ad ſanam mentem redijſſet, hæreditatem ſuam eis non relinqueret, propter ingratitudinem aduerſus eum admiſſam.

Cæterùm totam pænam hujus cauſæ credit Molina *proximè citat.* ſolùm comprehendere hæredes ingratos, qui expleuerunt decimum octauum ſuæ ætatis annum, juxta id, quod in ſimili ſequenti cauſa ſtatuitur *in d. Auth. Vt cum de appellat.* §. *Si vnum de prædictis*, & in ſpecie pro Regno Caſtellæ decernitur *in l.* 6. *tit.* 7. *part.* 6. Illud etiam hîc notandum, dictam pænam non habere locum in hæredibus ſcriptis, qui ignorabant, ſe ſcriptos eſſe hæredes in teſtamento à furioſo ante furorem condito, & aliàs ab inteſtato ei ſucceſſuri non erant; quia his non poteſt culpæ tribui, quod curam illius non egerint, & ita ſumitur ex *d.* §. *Si vnum ex prædictis*, vbi in ſimili cauſa nō imponitur hæc pæna hęredibus ſcriptis, niſi ſciuiſſent ſe ſcriptos eſſe. 297

Decima tertia cauſa eſt, ſi vnus de parentibus in captiuitate detineatur, & ejus liberi, ſiue aliqui eorum, non feſtinauerit eum redimere. In hoc caſu, ſi ille parens à captiuitate liberetur, datur ei licentia, vt filium, vel filios ita ingratos exhæredare poſsit. Quòd ſi in captiuitate moriatur non liberatus, per dictam negligentiam liberorum, vel aliorum hæredum ab inteſtato, vel ex teſtamento, qui ſcirent ſe ſcriptos eſſe hæredes, bona illius applicantur Eccleſiæ ciuitatis, in qua ortus fuit, ea lege, vt publicum eorum conficiatur inuentarium, & quidquid ex eis ad Eccleſiam peruenerit in redemptionem captiuorum expendatur, dictis hæredibus omnino excluſis: teſtamentum autem, quod ante captiuitatem confectum eſſet, ſolùm quoad inſtitutionem hæredis ingrati annullatur; quoad cætera verò in eo contenta conſeruatur, & impleri jubetur. Si tamen aliquis prædictorum liberorum, vel hæredem decimum octauum ætatis annum 298

num nondum expleuiſſet, omnino à præfata exhæredationis pœna excuſatur. Sic habetur *in d. Auth Vt cum de appellat: §. Si vnum ex prædictis.*

299 Iure autem Luſit. *in d. tit.* 88. §. 16. ſolùm quoad prædictam cauſam ſtatuitur, vt ſi pater vel mater à captiuitate fuerit liberatus, exhæredare poſsit filium, vel filiam, qui negligens fuit in eo redimendo: ſi verò in ipſa captiuitate moriatur, culpâ filij, vel filiæ; ipſe talis filius, vel filia negligens ab ejus hæreditate ob eam culpam excludatur. At cætera omnia quæ *in d. §. Si vnum ex prædictis,* habentur, in hoc etiam Regno locum habent juxta *Ordinat. lib.* 3. *tit.* 64. cùm per d. jus Luſitan. non abrogentur, nec illi ſint contraria. Additur tandem *in d. §. Si vnum ex prædictis,* vt ad redimendum hujuſmodi captiuum liceat minori, qui decimum octauum ætatis annum exceſſerit, perinde acſi jam eſſet maior, contractus celebrare, etiam alienando bona ipſius captiui, vt redemptionis pretium inde habeatur; ipſeque captiuus teneatur poſtea illis contractibus ſtare.

300 Decima quarta, & vltima cauſa eſt, ſi parentes ſint Catholici, filij verò hæretici. Sic habetur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siquis de prædictis,* 2. vbi multa circa hanc pœnam hæreticorum diſponit Imperator. Et in jure Luſit. *lib.* 4. *Ordin. tit.* 88. §. 17.

301 Omnia, quæ de jure Luſitano circa prædictas cauſas, quoad patrem, vel matrem dicta ſunt, locum pariter habent in auo, & in auia, & in alijs aſcendentibus, tam ex parte patris, quàm matris, vt expreſsè declarat idem jus Luſit. *d. tit.* 88. §. *vltim.* Et idem eſt de ijs, quæ jure communi circa præfatas cauſas diſponuntur *in dict. Authent. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & & ſeqq.* nam omnia referuntur ad liberos, quorum appellatione non tantùm veniunt filij, ſed etiam nepotes, & reliqui deſcendentes.

§. 8 *Expediuntur quædam dubitationes circa prædictas cauſas in generali.*

SUMMARIUM.

Vtrùm pæna exhæredationis ob aliquam ex prædictis cauſis locum habeat ante judicis ſententiam? num. 302. *& ſeqq.*

Vtrum ex alijs cauſis, vltra ſupradictas quatuordecim, poſsint filij à parentibus exhæredari? num. 305. *& ſeqq.*

Pæna exhæredationis impoſita filijs reorum læſæ majeſtatis, vt nemini poſsint ſuccedere ex teſtamento, vel ab inteſtato non extenditur ad filios hæreticorum; num. 309.

Pæna non extenditur ad caſus non expreſſos, etiamſi in illis inueniatur par, & maior ratio, juxta veriorem ſententiam; ibidem.

Vtrum ſi filius ingratus patri reconcilietur, exhæredationem, vel ejus effectû, impediat? num. 312. *& ſeqq. Vbi duo caſus, & variæ DD. ſententiæ circa hoc apponuntur. Quid de jure Luſitano, quando filia, quæ nupſit abſque conſenſu patris ei reconciliatur? num.* 313.

Vtrum ſi filius ingratus, patre viuente, agat pænitentiam, & emendetur, ejus exhæredatio tollatur, vel ſaltem impediatur, ne pater illum exhæredare poſſit? num. 317. *& ſeq.*

Vtrum, filio ingrato religionem ingrediente, per profeſsionem in illa impediatur, & tollatur exhæredatio? num. 319. *& ſeqq.*

Vtrum ſimiliter impediatur dicta exhæredatio per vota ſimplicia in Societate Ieſv poſt biennium emiſſa? num. 323.

Quid, ſi tales Religioſi poſt profeſsionem, vel dicta vota ſimplicia, à Religione expellantur? ibid.

Vtrum, ſi filius poſt commiſſam ingratitudinem exhæredatione dignam incidat in amentiam, viuente patre, poſsit ni-

nihilominus exhæredari? num. 324.
Vtrùm filio exhæredato teneatur pater prouidere de alimentis, ſaltem ad vitæ ſuſtentationem neceſſarijs? num. 325. *remiſsiuè.*

Circa prædictas cauſas vniuerſim, ſeu in generali acceptas, nõnullę ſuperſunt dubitationes in præſenti expediendæ.

302 Prima dubitatio eſt, vtrùm pœna exhæredationis ob aliquam ex prædictis cauſis impoſita locum habeat ante judicis ſententiam; ita vt ſatis ſit commiſiſſe delictum, propter quod illa pœna conſtituta eſt, ad hoc vt filius vel filia, quæ illud commiſit, maneat excluſa ab hæreditate, nec poſsit illam petere, vel recipere? Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 176. *verſ. Illud vniuerſim*, docet, non teneri tales filios abſtinere à bonis parentum, antequam vel ab eis exhæredentur, vel ſententia exhæredationis in eos feratur, etiamſi per legem ſtatutum ſit, vt tale crimen committens ipſo jure, vel ipſo facto ſit exhæredatus. Ducitur illa generali regula, quòd nemo tenetur ſubire pœnam ante ſententiam, & multò minùs eam exequi aduerſus ſemetipſum.

303 Dicendum nihilominus eſt, quòd in caſibus, quibus illa pœna ipſo jure, vel ipſo facto per legem impoſita eſt, tenetur exhæredatus ab hæreditate abſtinere, nullâ expectatâ ſententiâ judicis: ſecus autem, quando non per legem, ſed per teſtatorem, lege permittente, fuit impoſita. Ratio prioris partis eſt, quia hujuſmodi pœna non conſiſtit in amittenda re, vel jure antea quæſito, ſed ſolùm in non acquirendo, vt conſtat ex dictis *§. præced. num.* 291. vbi cum multis oſtendimus, legitimam non eſſe verè debitam filijs, niſi ex diſpoſitione legum Ciuilium, & de illa quaſi de lucro captando judicari. Pœna autem conſiſtens in non acquirendo ipſo jure, vel ipſo facto per legem impoſita ſententiam judicis non expectat, vt bene docent Ioan. Andr. Domin. Bald. & Beroius, quos refert & ſequitur Sanch. *lib.* 3. *de Matrimon. diſp.* 53. *numer.* 8. *in fine.* Confirmatur, nam propterea pœna impoſita Beneficiarijs non recitantibus diuinum officium, vt non faciant fructus ſuos, ante omnem ſententiam incurritur, & Beneficiarius ſtatim manet obligatus fructus illos reſtituere; vt tradit Suar. *tom* 2. *de Religion. tract.* 3. *cap.* 30. *num.* 2. & Aragon. 2. 2 *q.* 83. *art.* 13. eſtque communis ſententia; quia talis pœna eſt impoſita ipſo jure, & conſiſtit in non acquirendo: talis autem eſt pœna exhæredationis impoſita ipſo facto per legem ſtatuentem, vt filius ingratus non acquirat hæreditatem, ſeu legitimam, quæ quidem non eſt magis debita filio, quàm fructus beneficij ipſi Beneficiario.

Alia pars probatur, & declaratur, quia quando pœna exhæredationis non imponitur ipſo factò per legem, ſed per ipſum teſtatorem, licèt teſtator criminis conſcius illam poſsit imponere ante vllam ſententiam, qua filius pronuncietur ingratus, & tali pœna dignus, vt bene docet, & probat Sanch. *d. diſp.* 53. *num.* 4. attamen vt talis exhæredatio ſuum plenum conſequatur effectum, tenetur teſtator, vel ejus hæredes, probare cauſam, ſeu crimen propter quod illa fuit impoſita, vt conſtat *ex d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, ibi; *Niſi forſan probabuntur ingrati*: & latiùs à nobis declaratum eſt *ſupra*, *§.* 1. *num.* 141. vbi autem talis probatio requiritur, neceſſaria eſt ſententia judicis declarantis juſtitiam cauſę, & ſufficientiam probationis, vt in ſpecie docet idem Sanch. *d. diſp.* 53. *num.* 5. & Fragoſ. 3. *p. lib.* 2. *§.* 2. *num.* 33. atque adeo ante talem ſententiam, non eſt filius omnino priuatus hæreditate, nec tenetur ab illa abſtinere, etiam in foro conſcientiæ, licèt reuerà crimen commiſiſſet, & legitimè fuiſſet exhæredatus. Quod tamen intellige, niſi per vim, aut dolum, vel per falſos teſtes probationem cauſæ impediuiſſet; tunc enim non poterit in conſcientia hæreditatem habere, vt *ſupra, d. numer.* 141. probatum eſt. 304

Secunda dubitatio eſt, vtrùm ex alijs 305
cauſis

cauſis, vltra illas quatuordecim ſupra cōmemoratas, poſsint filij à parentibus exhæredari? Duplex eſt ſententia. Prima affirmat, quòd etiam propter alias grauiores, vel ſimiles cauſas filius exhæredari poteſt. Hanc tenent Caſſan. *in Conſuet. Burgund. tit. de Succeſsion. rubr. non poſſunt exhæredari*, §. 2. *verſ. Sed quæro.* Iul. Clar. §. *Teſtamentum*, *q.* 41. Guillel. Bened. *in cap. Raynutius*, *verb. Eodem teſtamento relinquens*, 2. *numer.* 19. Couar. *in cap. Raynutius*, *in princip. numer.* 16 *de Teſtament.* qui tamen limitat, dummodo cauſæ ſint maiores, & grauiores. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *ſub num.* 12. Molina Iuriſta *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 9. *num.* 33. *& ſeqq.* Emman. da Coſta *in* § *Et quid ſi tantum*, *p.* 3. *num.* 173. *& ſeqq.* Rojas *Epit. de Succeſsion. cap.* 4. *num.* 16. Menchaca *de Succeſſ. progreſſu*, *lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 101. Villalob. *in Communi opin. lit. E. num.* 143. Perez *l.* 4. *tit.* 8. *lib.* 4. *Ordin.* Plaza *de Delictis*, *lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 15. Nauar. *Com.* 4. *num.* 48. *de Regular.* Ceruantes *in l.* 6. *Tauri*, *num.* 59. Fragoſ. 3. *p. lib.* 2. *diſp.* 5. §. 2. *ſub num.* 28. & multi alij, quos referunt, à qua ſententia, quæ certè communiſsima eſt, in iudicando, & conſulendo recedendum non eſſe, nónulli affirmant.

306 Mouentur primò, & principaliter à paritate, & maioritate rationis, exiſtimantes, quòd etiam in pænis fieri debet extenſio ad caſus non expreſſos, vbi eadem, vel maior ratio cernitur; quod ea non tam ſit extenſio, quàm comprehenſio. Secundò, quia Iuſtinianus *in d. Auth. Vt cum de appellat*, §. *Aliud quoque capitulum*, ſtatuens prędictas 14. cauſas, non prohibet ſimpliciter exhæredari liberos ex alijs cauſis, ſed ſolùm ex ijs, quæ in anterioribus legibus reperirentur, ibi; *Nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quæ in hujus Conſtitutionis ſerie continentur.* Ergo ex cauſis, quæ in alijs legibus repertæ non fuerint, licitum erit filios exhæredare, ſi ſint grauiores, vel æquè graues, atque illæ quæ in *d. Auth.* continentur. Quod ſi opponas, mirum eſſe, quod Imperator excluſerit alias cauſas antiquis legibus approbatas, non vero quæ nulla lege approbatæ fuerint. Reſpondent propterea id feciſſe, quia exceptis, quas ille etiam *in d. Auth.* approbauit, cæteræ, quæ in alijs legibus reperiebantur, viſæ ſunt minus dignæ, vt ipſemet declarauit *in d.* §. *Aliud quoque capitulum*, ibi; *Quarum aliquæ, nec dignæ nobis ad ingratitudinem viſæ ſunt.* Addit præterea Anton. Gom. *ſup. verſ. Sed his non obſtantibus, in fine*, aliud fundamentum nouiter (vt ille ait) à ſe repertum, quia nulla eſt cauſa, quæ accidere poſsit, quæ non comprehendatur in ſecunda cauſa de prædictis 14. quæ eſt, *Si grauem, & inhoneſtam injuriam parentibus injecerit.*

Secunda ſententia negat, poſſe de jure communi exhæredari filios ex vlla alia cauſa, etiam grauiori. Hanc tenet Martinus Laudenſis, quem refert Caſſaneus *loc. ſup. citat.* Curtius junior, apud Rojas *vbi ſup* Hoſtienſ. & Alex. quos refert illis fauendo Gregor. Lop. *in l.* 8. *tit.* 7. *p.* 6. Molina latè illam probans, & dicens, ſe non audere ab ea recedere, *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 176. *verſ. Contrariam ſententiam, & ſeqq* & Sanch. *lib.* 4. *de Matr. diſp.* 24. vbi *num.* 13. *&* 15. *fine*, ſemel atque iterum indubitanter repetit, *in d. Auth. Vt cum de appellat.* decidi propter nullas alias cauſas, quàm ibi expreſſas poſſe filium exhæredari. Probatur efficaciter hæc ſententia, primo *ex d. Auth. Vt cum de appellat. in d.* §. *Aliud quoque capitulum*, quia ibi expreſsè profitetur Imperator, propterea ſibi viſum fuiſſe illas quatuordecim cauſas ſtatuere, omiſsis aliquibus, quæ in antiquis legibus reperiebantur, & additis, quæ in ijſdem legibus fuerant prætermiſſæ; quia ex ijs cauſis, quæ in illis reperiebantur aliquæ, non videbantur dignæ, & aliquæ dignæ in eis erant prætermiſſæ: vbi planè duplex inconueniens vitare ſtuduit; vnum, quòd ex cauſis indignis in prędictis legibus repertis filij exhæredari poſſent: alterum, quòd ex cauſis dignis in legibus prætermiſsis exhæredari non poſſent. Apertè 307

vti-

vtique ſupponens, quòd quanuis cauſę eſſent dignę, ſi per leges non eſſent approbatæ & confirmatæ, minimè poterant filij ratione illarum exhęredari. Et propterea, cùm ibidem ſtatuit, vt ex nulla alia lege liceat cauſas ingratitudinis opponere, præter illas 14. non poteſt dici, quod ſolùm voluit excludere alias cauſas in legibus contentas, ſed quod etiam excluſit quaslibet alias in eis prætermiſſas, cùm intellexerit, ſolùm ex cauſis per legem approbatis filios exhæredari poſſe à parentibus.

308 Probatur ſecundò, quia cùm hæreditas, ſeu legitima ſit debita filijs ex diſpoſitione legum ſtatuentium, vt parentes teneantur eam illis relinquere: non poſſunt parentes abſque permiſſione ipſorum legum eam illis denegare. Ergo niſi habeant cauſam, ex qua leges id permittant, non poſſunt exhæredare; & conſequenter, cùm *in d. Auth. Vt cum de appellat.* conſtitutum ſit, vt ex nulla lege poſsint cauſas opponere præter illas 14. ex eis tantùm exhæredare poſſunt. Confirmatur, & declaratur; quia quantumuis quis mereatur pænam priuationis bonorum, nemo abſque publica authoritate poteſt eam illi imponere; nam punire crimina hujuſmodi pænis grauibus ad ſolam publicam poteſtatem ſpectat, nec parentum authoritas ad id extenditur: talis autem eſt pęna exhæredationis, vt per ſe conſtat: ergo quanuis filij graue crimen commiſerint, ex quo reuerà illam mereantur, non poſſunt parentes illam imponere, niſi ob crimen, ex quo per publicam authoritatem Principis, ſeu legis, id fuerit conceſſum, atque adeo cùm hodie ex ſolis dictis 14. cauſis lex concedat vt poſsint filios exhæredare ex nullis alijs id efficere poſſunt.

309 Tertiò & vltimò probatur, excludendo fundamenta prioris ſententiæ. Ad primum enim reſpondetur, negando pænam extendi ad caſus non expreſſos, etiamſi in illis inueniatur par, vel maior ratio; contrarium enim eſt verius, vt latè citatis alijs probat Sanch. *lib.* 10. *de Matrimon. diſp.* 4. *num.* 3. *ad med*, & fermè in ſpecie *tom.* 1. *in Tract lib* 2 *cap.* 29 *num.* 13. vbi cum plurimis DD. tradit, pænam exhæredationis impoſitam filijs reorum læſæ majeſtatis, vt non poſsint ſuccedere ex teſtamento, vel ab inteſtato, quibuſcumque conſanguineis, vel extraneis, non extendi ad filios hæreticorum, nihil obſtante quòd crimen ſit grauius crimine læſæ majeſtatis. Et vniuerſim, quod ſimilitudo rationis non ſufficiat ad extendendam pænam ad caſus non expreſſos, tradit etiam & latè probat Suar. *lib.* 6. *de Legib. cap.* 3. *num.* 5. & 6. eſtque optima illa ratio, quam idem Suar. adducit, & valde etiam commendat Sanch. *d. diſp.* 4. *num.* 3. quia lex pænalis quoad pænam, non pendet tantùm à ratione, quantum à legiſlatoris voluntate, & determinatione; nam quanuis ratio dictet, debere puniri crimen aliquâ pænâ proportionatâ, non tamen determinat talem vel talem ſpeciem pęnæ, ſed hoc ex ſola voluntate legiſlatoris pendet; & ideo quando crimina ſunt ſpecie diſtincta, licèt aliàs ſint ſimilia, vel vnum alio grauius, pæna vni, etiam minùs graui, appoſita non extenditur ad aliud ob paritatem, vel maioritatem rationis, niſi illi etiam determinatè fuerit à legiſlatore præſcripta. Neque bene in præſenti caſu ad comprehenſionem recurritur, quaſi mens Imperatoris fuerit comprehendere omnes alias cauſas, in quibus par, vel maior eſſet ratio. Nam vt optimè declarat Suar. *d. cap.* 3. *num.* 22. ex vi rationis non poteſt fieri extenſio comprehenſiua, niſi vel ex verbis ipſius legiſlatoris, vel ex neceſsitate vitandi aliquod abſurdum, ſufficienter colligatur mentem legiſlatoris fuiſſe caſus etiam non expreſſos comprehendere; neutrum autem in præſenti reperitur. Addo prætcrea, quidquid ſit de admittenda, vel non admittenda extenſione pęnarum ad caſus ſimiles in alijs materijs, qua in re variè ſentiunt DD. certè in præſenti locum nõ habere, cùm ipſe legiſlator expreſsè vetuerit, illam pænam exhæredationis ex vllis alijs cauſis, præter dictas 14. imponi, vt *ſup. num.* 307. declaratum eſt.

Ad

310 Ad ſecundum patet reſponſio ex dictis *eod. num.* 307. vbi clarè oſtendimus, non tantùm excludi ab Imperatore alias cauſas anterioribus legibus præſcriptas, ſed etiam in eis omiſſas. Ad tertium tandem quod Anton. Gom. nouiter addidit, negamus in illa ſecunda cauſa de prædictis 14. comprehendi omnes alias, quæ accidere poſſunt. Nam vt rectè declarat Molin. *d. diſp.* 176. *verſ. Quid ſi quis*, & Sanch. *lib.* 4. *de Matrim. diſp.* 24. *num.* 13. illa ſecunda cauſa intelligitur de injuria per ſe, ac directè illata parentibus; qualis eſt contumelia grauis verborũ, aut in patris ignominiam cornua pro foribus illi appendere, vel alia ſimilis; non autem de injuria per accidens, & indirectè, ac præter filij intentionem illatâ; qualis eſſet, ſi inuitis parentibus, ignominioſam vxorem duceret, vel aliud quidpiam ſimiliter indecorum committeret; neque enim per hujuſmodi probroſas actiones, quæ ſolùm indirectè, & præter intentionem cedunt in parentum dedecus, propriè dicetur injuriam parentibus ingerere, vt vim hujus verbi expendenti planũ erit.

311 Quare prædictam ſecundam ſententiam omnino præferendam cenſeo, adeoq; veram éxiſtimo; vt contrariam quantumuis communem, ne probabilem quidem audeam dicere. Et idem cenſeo de jure Luſit. vt ſcilicet prçter cauſas *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 88. appoſitas, licitum non ſit in hoc Regno propter vllas alias filios exhçredare. Nam licèt hæc excluſiua ibi non exprimatur, attamen ſufficienter indicatur in principio illius tituli, ibi; *As cauſas porque os pays, ou mãys podem desherdar os filhos, ſaõ as ſeguintes.* Qui dicendi modus ſatis oſtendit mentem Legiſlatoris eſſe, vt propter eas tantùm poſſent parentes filios exhæredare. Et ita intellexit Fragoſ. 3. *p. lib.* 2. *diſp.* 5. §. 2. *n.* 28.

312 Tertia dubitatio eſt: vtrùm ſi filius ingratus patri reconcilietur, exhæredationem, vel ejus effectum impediat? Ubi duo caſus diſtinguendi ſunt. Primus eſt, quando reconciliatio eſt facta antequam pater filium exhæredaret; & in hoc caſu communis, & vera reſolutio eſt, per talem recõciliationem impediri omnino exhæredationem; itaut pater condens poſtea teſtamentum, jam non poſsit filium exhæredare ob ingratitudinem ante reconciliationem admiſſam: ſic innumeris relatis DD. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 30. *num.* 8. Couar. alios etiam referens *in cap. Raynutius, in princ. n.* 7. *de Teſtam.* Mant. *de Conject. vlt. vol. lib.* 4. *tit. vlt. n.* 44. Cald. Per. *QQ. forenſ. lib.* 1. *q.* 18. *n.* 8. & Mol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 176. *verſ. Dubium etiam eſt.* Ratio patet, quia per reconciliationem cenſetur tacitè ſaltem remiſſa præcedens ingratitudo, & ſic ſublata penitus cauſa, ex qua pater filium exhæredare poſſet. Et quidem ſi filius fuerit à patre receptus ad cõmunem victum, & menſam, ſatis id eſt, vt præſumatur reconciliatio, & conſequẽter ingratitudo remiſſa, vt cum Barth. & alijs notat Mantic. *loc. cit.* juxt. text. *in l. In ipſius, C. Fam. erciſc. & in l.* 3. §. *vlt. cum l. ſeq. ff. de Adim. leg.*

Bene autem præfatam reſolutionem limitat Caldas Per. *vbi ſupra*, Barboſ. *in l.* 1. *p.* 4. *num.* 46. *ad fin. ff. Sol. matr.* vt non procedat in hoc regno Luſitaniæ, quando filia minor 25. annis nupſit abſq; conſenſu patris; quia tunc per ipſam legẽ Regiam *lib.* 4. *Ordin. tit.* 88. §. 1. ipſo facto exhæredatur, & conſequenter, licèt poſtea reconcilietur parentibus, jam ea reconciliatio exhæredationem impedire non poſsit. Hoc tamen intellige, præterquam in caſibus ibidem expreſsis; in quibus permittitur parentibus, vt talem filiã poſſent hæredem facere, ſi velint, injuriam ſibi illatam ei remittendo. Et idem eſt quando talis filia minor dormierit cũ aliquo viro. Nam tunc etiam ipſo facto per illam legem exhæredatur, idemq; circa illam diſponitur, atque circa eam, quæ nupſit abſque parentum conſenſu. 313

Alter caſus eſt quando reconciliatio facta eſt poſt teſtamentum, in quo pater filium exhæredauit. Et in hoc caſu variant DD. Multi enim ſentiunt, per hanc reconciliationem reuocari, & tolli exhæredationem. Ita Barth. per illum tex. 314

in l. 3. *§. fin. num.* 5. *ff. de Adim. leg.* Iaſ. *in l. In arenam, n.* 7. *C. de Inoffi. teſt. & in Auth. Non licet, in fin. C. de Liber. & poſth.* Pariſ. *conſil.* 1. *n.* 139. *lib.* 1 Plot. *conſil.* 6. *n.* 17. Simon de Præt. *de Interpr. vlt. vol. lib.* 3. *interpr.* 1. *dub.* 6. *fol* 4. *n.* 17. & Mantic. alios referens *lib.* 4. *de Conject. vlt. vol. tit. vlt. ſub n* 44. Ducuntur primò, quia legata, cùm ſint fauorabilia, tolluntur per ſuperuenientem inimicitiam *d. l.* 3. *§. vlt. ff. de Adim. leg.* ergo ecòtra per ſuperuenientem amicitiā cenſebitur à fortiori tolli exhæredatio, quæ eſt ualde odioſa. Secundò, quia per ſuperuenientem reconciliationem cenſetur remiſſa injuria, & ingratitudo à filio commiſſa; & ita ſublata eſt cauſa exhæredationis: ceſſante autem cauſâ ceſſat effectus, *c. Cum ceſſante, de Appellat.*

315 Contrarium verò tenent Baldus, Imol. Aretin. Alex. Iaſ. ſibi contrariùs *in l. Filio, quem pater, ff. de Liber. & poſthum.* Couar. *in dict. cap. Raynutius, in princip. numer.* 17. vbi alios refert, Aldrob. apud Mantic. *dict. tit. vltim. in fine, in noua edit.* Menoch. plures referens *de Præſumpt. lib.* 4 *præſumpt.* 30. *numer.* 3. Barboſ. *in l.* 1. *p* 4. *numer.* 47. referens Burſatum, Curt. jun. Roder. Suar. & alios, Caldas Pereir. *QQ. forenſ. lib.* 1. *quæſt.* 18. *numer.* 8. *ad fin.* Rebel. *de Obligat. juſt. p.* 2. *quæſtion.* 14. *numer.* 27. Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordinat. lib.* 4. *tit.* 88. *§.* 1. *fine*, & alij. Probant primò per text. *in dict. l. Filio quem pater*, vbi habetur, quòd quanuis pater per arrogationem ſibi reconciliet filium emancipatum, adhuc tali filio nocere exhæredationem antea ſcriptam. Secundò, quia ſi exhæredatio tollitur, reuocatur conſequenter teſtamentum, & redditur nullum, vtpote in quo filius jam non eſt exhæredatus, neque inſtitutus, ſed præteritus: hoc autem non congruit voluntati teſtatoris, qui non præſumitur voluiſſe eligere viam, per quam ejus teſtamentum euerteretur, *l.* 3. *ff. de Milit. teſtament.* Neque ſola voluntas tacita, quæ ex illa reconciliatione intelligeretur, eſt ſufficiens ad reuocādum teſtamentū, ſed requiritur expreſſa, & ſolemnis, *l. Si jure*, & ibi Barth. *ff. de Leg.* 3. Vnde ceſſat primum argumentum contrariæ ſententiæ deſumptum ex ademptione legatorum; cùm hæc nudâ voluntate tollantur, *d. l.* 3. *§. vltim ff. de Adim. leg.*

Mediâ quadam via incedunt Emman. 316
àCoſta *in §. Et quid ſi tantùm, p.* 3. *n.* 180. & Mol. *d. diſp.* 176. *verſ. Mihi ſanè*, qui tenent, non cenſeri ſtatim abolitam exhæredationem, & reuocatum teſtamentū ob dictam reconciliationem cum filio ingrato, & conſequenter non poſſe ab eo dici nullum poſt mortem patris: at poſſe ab illo impugnari querelâ inofficioſi, opponendo, & probando, quod per illam reconciliationem fuerit remiſſa injuria ingratitudinis, atque adeo ſublata cauſa, ob quam pater illum exhæredare poterat; & ſic tandem annullandum fore tale teſtamentum, & filium ad hæreditatem patris ab inteſtato admittendum. Hæc vltima ſententia mihi videtur præferenda; quia priores duas aliquo modo conciliat: neque contra illam vim habent earum fundamenta, ſed potiùs illam adjuuant vt conſideranti patebit, & hæc creditur fuiſſe mẽs Barthol. pro prima ſentētia allegati. Maximè verò procedit hæc ſentētia, ſi pater expreſsè remiſit ingratitudinem filij.

Quarta dubitatio eſt: vtrùm ſi filius in- 317
gratus, patre viuente, agat pænitentiam, & emendetur, talis pænitentia exhæredationem tollat, vel ſaltem impediat, ne pater illum exhæredare poſſit? Partem affirmantem amplectuntur non pauci apud Barb. *in l.* 1. *p.* 4. *n.* 44. *ad fin. ff. Sol. matr.* aſſerentes, ſi filia, quæ peccauit in corpus ſuum, pænituerit, & emendetur, reuocatā cenſeri exhæredationem: & quòd pænitentia impediat, ne poſtea ob præteritam ingratitudinē à patre exhæredari poſſit, multò plurium eſt ſententia, quam nónulli dicūt cómunem, vt videre eſt apud Iul. Clar. *de Teſt. q* 41. *verſ. Præterea quæro*, vbi illam in his terminis amplectitur, & apud Couar. *in d. c. Raynutius, n.* 18. vbi plures pro ea refert: illam etiam admittit Cald. Per. *QQ. forenſ. lib* 1 *q.* 18 *n.* 8. *ad fin.* referēs eſſe cōmunem. Facit, & adduci

ſo et

ſolet pro hac parte *l. Imperialis, Cod. de Nuptijs, & cap. Ferrum,* 50. *diſt.*

318 Contrariã tamen ſententia, quòd illa pœnitentia, & emendatio non tollat, neque impediat fieri exhæreditionem eſt longè verior, & omnino tenenda. Eam relatis alijs tuentur Couar. *loc. cit.* Barb. *loc. etiam citat. num.* 45. & 46. Emman. à Coſta *in §. Et quid ſi tantum, p. 3. numer.* 192. Molin *d. diſp.* 176. *verſ. Dubium præterea eſt*, & alij; quibus accedit Ioannes Dilectus *tract. de Arte teſtandi, cautela,* 17. *num.* 2. vbi ait, quòd in judicando non ſequeretur oppoſitam opinionem, licèt eam probauerit Abbas, & Alex. quos ibidem refert. Fundamentũ eſt, quia pœnitentia non operatur, niſi quoad Deum, nec impedit jus alteri quæſitum, vt notat Gloſ. *in cap. Gaudemus, de Diuortio*, & latè proſequitur Couar. & Barboſ. *loc. cit.* Nec obſtat *d. l. Imperialis*, quia ſolũ probat, quòd filia emendata digna eſt veniã & gratiã, non verò quòd pater teneatur culpam, & pœnam ingratitudinis ei remittere. Non obſtat etiam *d. cap. Ferrum*, quia ſolùm agit de pœnitentia peccati, vt eſt offenſa Dei.

Quinta dubitatio eſt: vtrùm filio ingrato
319 ingrediente Religionem, per profeſſionẽ in illa impediatur, & tollatur exhæredatio? Negant abſolutè Iaſ. *in Auth. Non licet, n.* 4. *C. de Liber. præter.* & alij quos refert Emman. à Coſta infra citan. argum. text. *in l. Deo nobis*, 42. *§. Hoc etiam, C. de Epiſc. & cleric.* quatenus ibi ſtatuitur, vt filio ingredienteReligionem, parentibus inuitis, non poſſit ex ea ſola ingratitudinis cauſa exhæredari; quo planè ſupponitur, poſſe exhæredari ex alijs. Neque in contrarium, vt dicti AA. credunt, extat priuilegium, quo hęc prærogatiua Profeſſioni concedatur. Nam licèt in *c. fin.* 19. *q.* 3. expreſsè habeatur, quòd aſſumens ſtatum monachalem non poſſit exhęredari ob vllam ingratitudinẽ antea cõmiſſam; hic textus deſumptus eſt ex quadam Nouella conſtitutione Cæſarea, de cujus auctoritate & veritate valde dubitatur; cùm non ſit inſerta in corpore juris Ciuilis, nec authoritas Gratiani, qui eam dicto loco appoſuit, tanta ſit vt illam tanquam veram legem, ac legitimè promulgatã recipere cogamur, quemadmodum poſt alios conſiderauit Alciat *in Parergon, lib.* 4. *cap.* 23.

Cæterùm, cum dicta Nouella reperiatur 320
inſerta in corpore juris Canonici, credunt aliqui, quòd de jure Canonico competit illud priuilegium Profeſsioni religioſæ, licèt aliud ſit de jure Ciuili. Ita Gloſ. *in Auth. De monachis, col.* 1. *in princ. ver. Maculam*, & Salic. *in d. l. Deo nobis, §. Hoc etiam, n.* 1. Id tamen meritò reprobat Sanch. *tom.* 2. *in Dec. lib.* 5. *c.* 5. *n.* 32. Quia leges inſertæ Decreto per Gratianũ ſolũ gaudent authoritate juris Ciuilis, ex quo deſumptæ ſunt, vt cũ alijs probat idẽ Sanch. *lib.* 9. *de Matr. diſp.* 12. *n.* 3. & 5. Vnde ſi illud priuilegiũ non ſubſiſtit de jure Ciuili, vigore dictæ Nouellæ, neque etiam de jure Canonico vim habet.

Alij verò diſtinguunt, aſſeruntq; ſi ingra- 321
titudo juſtam exhæredandi cauſam præbens erat ex vitio ſolũ filiũ directè cõcernenti, vt quia erat arenarius, hãc perProfeſſionẽ aboleri, eoquod ad meliorẽ frugẽ ſe receperit: ſecus autẽ ſi ipſũ patrem directè offendit, vt ſi filius eũ graui injuriã affecit, vel filiam ejus ignominiã indigno abſq; ejus conſenſu nupſit. Sic Bald. *in d. l. Deo nobis, §. Hoc etiã, n.* 2. & ibi Paul. *n.* 1. Arct. & Curt. jun. quos refert, & ſequi videtur Couar. *in d. c. Raynutius, in princ. n.* 20 *de Teſt.* Atq; juxta hoc judicatũ fuiſſe in Regio Senatu Caſtellæ, filiam nubentẽ abſq; patris conſenſu exhæredari potuiſſe, licèt nõ conſũmato matrimonio Religionẽ profeſſa ſit, teſtatur Ioan. Lup. *in l.* 49 *Tauri, ad fin.*

Nihilominus receptior, ac verior ſen- 322
tentia eſt, quaslibet ingratitudinis cauſas Profeſſione aboleri, ita ut propter nullam eorũ filius exhæredari poſſit. Ita in ſpecie Panorm: *cõſil.* 27. *n.* 2. *lib.* 2. Em. à Coſt. *in §. Et quia ſi tantum, p* 3. *à n.* 195. Mol. *d. diſp.* 176. *prope fin.* Sanch. *tom.* 2. *in Dec. lib.* 5 *c.* 5. *n.* 33. Lazana, & Rodrig. quos citat, & ſequitur Pellizarius *tom.* 1. *Manual. regular. tract.* 3. *cap.* 4. *numer.* 41. Stant etiam pro hac ſententia Gloſ. *in d. l.*

 Deo

Deo nobis, §. *Hoc etiam*, *verb. Quaſi*, *& in d. cap. fin. verb. Ingratitudinis*, 19. q. 3. & ibi: Turrecrem. *num. vnic.* Cardinal. Felin. D. Antonin. Angel. & Sylu. quos refert Sanch. *proximè citat.* indiſtinctè aſſerentes, ingratitudinem aboleri profeſsione. Probatur ex *d. Nouella Conſtitutione*, quæ in Religionis fauorem hoc priuilegium expreſsè, & indiſtinctè profeſsioni concedit; & cùm contineat jus Cæſareum, illudque nouiſsimum, omnibus anterioribus juribus præualet, neque argui poteſt falſitatis, non ſolùm quia Gratianus, qui eam Decreto inſeruit, vir fuit integerrimus, & probatæ authoritatis, ſed etiam quia in alijs quoque emendatis codicibus reperitur, teſte Couar. *vbi ſup num.* 21. Nec obſtat contrarium fuiſſe judicatum in Regio Senatu Caſtellæ, quia ſententia à judicibus prolata non facit jus, vt contra nonullos oſtendimus, *diſp.* 1. *ſect.* 5. §. 4. *num.* 213. *& ſeq.* & Senatores, qui ita judicarunt, moueri potuerunt aliqua ex prædictis opinionibus contrarijs, quæ tunc adeo improbatæ non erant.

323 Hæc ſententia locum etiam habet in ijs, qui in Societate Jesv per vota ſimplicia poſt biennium nouitiatûs fiunt Religioſi, vt bene aduertũt Sanch. *d. c.* 5 *n.* 34. & Pellizarius *vbi ſup.* Tum quia dictum priuilegium conceditur fauore profeſsionis, coquod per illã fit profitens verè Religioſus, & vitam notabiliter mutat in melius; quod vtrumque in dictis votis reperitur. Tum etiam, quia textus dictæ Nouellæ relatæ *in c. fin.* 19. *q.* 3. loquitur de eo, qui fit monachus, ideſt Religioſus. Addunt præterea citati DD. expulſum à Religione poſt profeſsionem, vel dicta vota ſimplicia non reincurrere in priſtinam ingratitudinem, ſeu pœnam illius, cùm ſemel fuerit abolita. Quod intelligo, niſi in fraudem illius dicta vota emitteret, animo exeundi poſtea à Religione, & potiundi hæreditate, cùm fraus nemini patrocinari debeat.

324 Sexta dubitatio eſt: vtrùm ſi filius poſt cõmiſſam ingratitudinem exhæredationis dignam incidat in amentiam, viuente patre, poſsit nihilominus exhæredari? Reſpondetur affirmatiuè, ex communi ſententia, quam multis citatis DD. retuli, & ſequutus ſum *diſp. præc. ſect.* 4. §. 3. *n.* 795. licèt ab ea recedat Iul. Clar. vel potius illam temperet *tract. de Teſt. q.* 41. *verſ. Sed pone*, dicens non poſſe talem furioſum exhæredari in ejus odium, ideſt, malâ mente, ſed ſolùm in ejus, vel ab eo deſcendentium, beneficium, atque adeo bona mente; & in hunc ſenſum accipi poſſe leges, quæ pro contraria communi opinione afferuntur, vt *l. fin.* §. *Sed cum antiquitas*, *C. de Curat. furioſ.* & aliæ ſimiles. Atque hanc ſuam opinionem dicit apertè colligi ex *l. pen* §. *Et maximè*, *ff. de Curat. furioſ.* Quæ quidem ſententia mihi ſatis æqua, & probabilis videtur.

Dubitari tandem hic poteſt, vtrùm filio 325
exhæredato teneatur pater prouidere de alimentis, ſaltem ad vitæ ſuſtentationem neceſſarijs? At cùm hoc præſentis inſtituti non ſit, deciſionem hujus dubij apud alios remitto, & videri inter alios poſſunt Ant. Gom. *tom.* 1. *Var. c.* 11. *n.* 13. P. Barb. *in l.* 1. *p.* 4. *n.* 41. Cald. Per. *QQ. foren. q.* 18. *n.* 9. & Sanch. plurimos referens *lib.* 4. *de Matr. diſp.* 26. *in princip.*

§. 9. *Vtrum filij legitimati neceſſariò ſint inſtituendi hæredes in teſtamento paterno, ſicut legitimè nati?*

SUMMARIUM.

Filij ſimpliciter legitimati neceſſariò debent inſtitui hæredes in teſtamẽto paterno, ſicut legitimè nati; & ſi à patre prætereãtur, poſſunt dicere teſtamentum nullum; n. 326.

Quid, ſi non ſint legitimati ſimpliciter, ſed cum aliqua reſtrictione, vel tantùm ſint diſpenſati? num. 327.

Tripliciter poſſunt, & ſolent filij legitimari: vel per ſubſequẽs matrimoniũ, vel per diſpenſationẽ in radice matrimonij, vel per reſcriptũ, ſeu beneficiũ Principis. Quando, & quã ratione hi modi legi-

gitimandi locum habeant? num. 328.

Legitimatio facta per reſcriptum Principis, ſolùm eſt, quoad ciuilia. Et facta per reſcriptum Principis Eccleſiaſtici, ideſt Summi Pontificis, ſolùm regulariter eſt quoad Eccleſiaſtica, ſeu ſpiritualia; num 329.

Legitimatio non ſolet concedi à Principe ſæculari, præſertim in Hiſpania, & Luſitania, niſi cum aliquibus limitationibus. Et plerunque tales legitimationes ſunt tantùm diſpenſationes, vt in Luſitania, in ipſa forma conceſsionis appellantur; num. 329.

Vnde dignoſcatur, an legitimatio conceſſa per reſcriptum ſit propria, vel tantum diſpenſatio? num. 330.

In quo conſiſtat propria ratio legitimationis veræ; & in quo à diſpenſatione differat? num. 331.

Quãdo legitimatio eſt tantũ diſpenſatio, interpretanda eſt ſtrictè: quando verò eſt legitimatio propria, amplè; n. 332.

326 POſt filios legitimos, ſeu legitimè natos, de quibus hactenus dictum eſt, ſequitur vt dicamus de legitimatis, an ſimiliter oporteat, eos hæredes inſtitui à parentibus; cùm per ipſam legitimationem efficiantur legitimi? Hac igitur in re generalis, & vera reſolutio eſt, filios ſimpliciter legitimatos neceſſariò inſtitui debere hæredes in teſtamento paterno, ſicut legitimè natus. Ita relatis alijs Couar. *Epitome in* 4. *lib. Decret. p.* 2. *cap.* 8. §. 8. *num.* 2. Gama *deciſ.* 11. *num.* 4. Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 173. *verſ. Legitimatus Principis*, Cabedo, 2. *p. deciſ.* 69. *num.* 2. Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 9. *num.* 17. & cæteri DD. communiter, qui docent ſimpliciter legitimatos, ſi à patre prætereantur, poſſe dicere teſtamentum nullum, vt probat tex. *in §. Generaliter, Authent. Quibus mod. natural. effic. ſui, juncta l. Filius à patre, §.* 1. *ff. de Liber. & poſth.* Ratio verò eſt, quia per legitimationem ſimpliciter, ita filius illegitimè natus reſtituitur natalibus, & ſub patria poteſtate conſtituitur, vt nihil à legitimis, ſeu legitimè natis differat, *§. Illud tamen, d. Auth. Quib. mod. nat. effic ſui*, & ſic comparat omnia legitimorum jura, tam quoad ſucceſsionem ab inteſtato, quàm ex teſtamento, vt non minùs teneatur pater ei relinquere legitimam, & in ea illum inſtituere, quàm ſi legitimè natus eſſet: vnde conſequens eſt, quòd ſi à patre prætereatur, vel indebitè exhæredetur, dicere poſsit teſtamentum nullum, vel per querelam inofficioſi illud impugnare, juxta omnia jura, quæ filijs legitime natis id concedunt.

Dixi, *ſimpliciter legitimatos*, quia ſi 327 non legitimentur ſimpliciter, ſed cum aliqua reſtrictione, vel ſolùm diſpenſentur in aliquibus inhabilitatibus illegitimorũ, vt ſæpe fit; euenire ex hoc capite poterit, vt pater non teneatur eos inſtituere hæredes, nec illi poſsint impugnare teſtamẽtum, in quo ab eo fuerint præteriti. Quocirca non erit abs re explicare in præſenti, quando cenſeantur ſimpliciter, ſeu quoad omnia legitimari, & quando cum tali reſtrictione, vt pater non teneatur eos inſtituere?

In primis ergo ſciendum, tripliciter ſolere filios legitimari. Primò, per ſubſequens matrimonium: qua ratione legitimatur proles genita à parẽtibus habilibus ad contrahendum inter ſe matrimonium tempore conceptionis, aut natiuitatis ipſius prolis, *l. Cum quis, & l. Nuper, C. de Natur. liber. c. Tanta, Qui filij ſint legitimi, §. Reliqui igitur, Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui.* Secundò per diſpenſationẽ in radice matrimonij irritè contracti, retrotrahendo diſpenſationem ad tempus quo fuit contractũ, ac ſubinde legitimando indirectè prolem ex eo natam, perinde ac ſi ex valido, & legitimo matrimonio fuiſſet ſuſcepta: qui legitimandi modus, ſeu poteſtas ad illum, Sũmo Pontifici cõpetit vt eſt cõmuniſsima DD. ſentẽtia, pro qua innumeros refert eos ſequens Sanch. *lib.* 8. *de Matr, diſp.* 7. *n.* 4. licèt nõnulli, quos citat *n.* 3. refragentur. Tertiò per reſcriptũ, ſeu beneficiũ Principis directè legitimantis perſonã, tollẽdo ab ea inhabilitates, quibus jure poſitiuo ob natalium defectum afficitur, *d. §. Illud tamen,* 328

 Auth.

Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui. Hac ratione ſolus Princeps ſupremus poteſt legitimare ſuos ſubditos, quoad ea, in quibus illi ſubduntur: Molina *d. diſp.* 173. *verſ. Legitimare, & ſeq* cæterique omnes. Olim etiam legitimabantur filij per oblationem curię, vt habetur *in §. Primus itaque modus, & ſeqq. Authent. Quib. mod. nat. effic. ſui.* Hic tamen legitimandi modus jam hodie non eſt in vſu, vt cum alijs affirmat Mantic. *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 10. *num.* 1. & ideo hic illum prætermittimus.

329 Sciendum prætereà, legitimationem tertio modo factam, id eſt, per reſcriptum Principis vix, aut nunquam eſſe ſimpliciter, ſeu quoad omnia. Nam ſi facta ſit per Principem ſæcularem, ſolùm eſt quoad ciuilia, tollendo ſcilicet inhabilitates jure Ciuili inductas, non autem inductas jure Canonico, quę poteſtatibus laicis non ſubduntur. Si autem per Principem Eccleſiaſticum, qualis in hac materia eſt ſolus Summus Pontifex, vel qui ab eo facultatem habuerint, ſolùm regulariter eſt quoad ſpiritualia, & Eccleſiaſtica, tollẽdo inhabilitates inductas jure Canonico, vt ad Ordines, Beneficia, &c. quia Pontificia poteſtas, non extenditur per ſe ad ciuilia, niſi tantùm in terris temporali dominio Eccleſiæ ſubjectis, vel in aliquo raro caſu, in quo ſpirituale bonum animarum illius prouidentiam exigeret, nolente, aut negligente Principe ſæculari, ad quem per ſe ſpectaret, ſuo muneri ea in re ſatisfacere: Couar. *Epit. in 4. Decret. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 8. *num* 16. Molina *d. diſp.* 173. *in princip.* Sanch. *d. diſp.* 7. *num.* 1. Deinde, etiam quoad ciuilia, non ſolet fieri legitimatio per reſcriptum Principis, niſi cum aliquibus clauſulis eam limitantibus, vt quòd legitimatus poſsit ſuccedere in eo, quod pater ei relinquere voluerit, quæ clauſula apponi ſolet in legitimationibus, quæ fiunt in regnis Hiſpaniarũ, teſte Roderico Suar. & Gregor Lop. apud Couar *d §* 8 *num.* 2. *ante med.* & in ijs, quæ fiunt in Luſitania, vbi etiam additur, quòd ab inteſtato poſsit ſuccedere patri tantummodo, vt videre eſt apud Gamam *d. deciſ.* 11. *num.* 2. & mihi etiam conſtat ex vſitata forma, quam apud me habeo, ſub qua in hoc Regno reſcriptum legitimationis à Rege conceditur. Item apponi in hoc Regno ſolet clauſula, *Sine præjudicio legitimorum hæredũ*, vt etiam habetur in d. forma, & tradunt Valaſc. *de Partition. cap.* 12. *num* 43. & Cabedo 2. *p deciſ.* 69 *num* 4 qui etiam teſtatur de illa alia; *Quòd ſuccedat in eo, quod pater voluerit.* Unde legitimationes, quæ in hoc Regno fieri ſolent, non veræ legitimationes eſſe, ſed potiùs diſpenſationes, cenſent plerique Luſitani ſcriptores, Gama *d deciſ.* 11. *num.* 4. & *deciſ.* 134. *num.* 1. Valaſc *d. cap* 12. *numer.* 42 & *conſult.* 165 *num.* 7. Cabed. *d. deciſ.* 69. *num.* 3. Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordin. Reg. lib* 2 *tit.* 26. *§.* 32 *ſub numer.* 4. & alij. Et quidem in prædicta forma legitimatio, quæ in ejus terminis conceditur, diſpenſatio etiam ſemel atque iterum appellatur.

Cæterùm ad diſcernendum quando habilitatio illegitimi per reſcriptum conceſſa, eſt vera & propria legitimatio, quando ſolùm diſpenſatio, optima regula eſt, quam ex communi tradit Molina *d. diſp.* 173. *verſ. Hoc autem diſcrimen*, & probat etiam relatis alijs Gama *deciſ.* 383. *num.* 5. & Couar. *d. §.* 8 *numer.* 2. *ante med.* vt ſcilicet, quando Princeps illegitimum habilitat particulariter ad aliquod certum, vel ad aliqua tantùm, verè ſit diſpenſatio, licèt vſus ſit verbo legitimandi, vt dicendo, *legitimum efficio ad hoc, vel illud*: quando autem habilitat vniuerſaliter, ſiue ad ea, quibus jure Ciuili, ſiue quibus Canonico redditus erat inhabilis, tunc ſit propriè legitimatio, licèt id fiat per verbum diſpenſandi, quia potiùs attendi debet ad id quod fit, quã ad verba, quibus fieri ſignificatur. 330

Ratio verò dicti diſcriminis eſt, quia legitimatio vera & propria definitur; Reſtitutio, *qua illegitimè natus reſtituitur natalibus, quibus omnes homines per ipſam naturam ante vllum jus poſitiuum naſcebantur habiles ad omnia, ad quæ poſteà illegitimè nati jure poſitiuo redditi ſunt* 331

ſunt inhabiles, d. §. Illud tamen Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui, vnde legitimatio propriè dicit quamdam habilitationé vniuerſalem. Quando autem illegitimus particulariter habilitatur ad aliquid, vel aliqua tantùm, talis habilitatio non eſt vniuerſalis, vt pater, & ſic non eſt legitimatio, ſed diſpenſatio: econtra verò, quando habilitatur vniuerſaliter, vera legitimatio eſt, etiamſi fiat cum aliqua reſtrictione, vt ſi abſolutè dicatur, *Legitimum eum facio*, vel, *Reſtituo eum naturæ, & legitimo juri, at non poterit ſuccedere ab inteſtato, niſi tantùm patri*; vel quid ſimile; quia hæc reſtrictio non tollit, quominus habilitatus fuerit vniuerſaliter, & ſit verè legitimatus, ſed ſolùm impedit aliquem legitimationis effectum, vt notabiliter declarat Socin. apud Gamam vbi ſup. & tenet Couar. *d. §. 8. num.* 2. ac relatis etiam alijs Cabedo, *d. deciſ.* 69. *numer.* 8. & Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Dubitant Doctores*, id quod optimè confirmari poteſt exemplo inſtitutionis hæredis, qui ſi inſtituatur cum aliqua declaratione tollente aliquem vel aliquos inſtitutionis effectus, vt quod non poſsit liberè diſponere de hæreditate, vel aliqua ejus parte, vel de tali, aut tali re, id non tollit quominus ſit propria, & vera inſtitutio vniuerſalis, & inſtitutus fiat propriè hæres, atque vniuerſalis ſucceſſor, vt eſt indubitatum.

332 Hinc fit, vt quando legitimatio eſt tantùm diſpenſatio, ſtrictè ſit interpretanda, quia diſpenſatio eſt ſtricti juris, ita ut non plus valeat, quàm verba ſtrictè intellecta ſonant; *cap. 1. §. Ille verò, de filijs præsbyt. in 6.* Sanch. latiſsimè id declarans *lib. 8. de Matrimon. diſp. 1. num. 3. & multis ſeqq.* Unde nihil operatur vltra effectum, ad quem expreſsè conceditur. Quando autem eſt vera legitimatio amplè intelligenda eſt, cùm perſonam generaliter habilitet, faciendo eam abſolutè legitimam, & capacem omnium, quæ legitimis competunt, ijs tantùm exceptis, quæ tacitè, vel expreſsè excipiuntur. Ita Couar. *d. §. 8. num. 2. ante med.* & Molin. *dict. diſp.* 173. paulò poſt princip. *verſ. Illud antequam.*

§. 10. *De legitimatis per ſubſequens matrimonium.*

SUMMARIUM.

Legitimatus per ſequens matrimonium euadit perfectè legitimus, nec minùs tenetur pater illum inſtituere hæredem, quàm ſi conſtante matrimonio natus eſſet; num. 333.

Quæ conditiones requirantur, vt prædicta legitimatio locum habeat? numer. 334.

Conditiones, quæ ſolùm de jure Ciuili requiruntur ad legitimationem per ſubſequens matrimonium, non ſunt hodie neceſſariæ, etiam in foro ſæculari, ſed tantùm, quæ poſtulantur de jure Canonico; num. 335.

Vtrum ad legitimationem per ſequens matrimonium requiratur, quòd filius legitimandus conſentiat, vel non ſit innitus? num 336.

Vtrum etiam per ſequens matrimonium clandeſtinum, ſi validè contractum ſit, poles legitimetur? num. 337.

Vtrum per matrimonium celebratum tempore mortis proles antea ſuſcepta legitimetur? num. 338.

Legitimati per ſequens matrimonium habent plenum jus ad ſuccedendum parentibus, etiam exiſtentibus alijs filijs legitimis conſtante matrimonio natis; num. 339.

Legitimatus per ſequens matrimonium præfertur cæteris omnibus filijs ex ipſo matrimonio, vel alio poſteriore genitis, in ſucceſsione maioratûs, & ſimilium bonorum, quæ maioribus natu deferuntur; num 340. *Id verò intellige, niſi alteri filio juniori jam quæſitum eſſet jus ad talia bona; & quando id poterit contingere? num* 341.

Per ſubſequens matrimonium legitimantur reſpectu contrahentium omnes eorum

rum deſcendentes naturales ante ipſum matrimonium geniti, licèt ſint nepotes ex filio, qui ante tale matrimonium celebratum mortuus eſt, nec per illud fuit legitimatus; num. 342.

Vtrum filij naturales putatini, verè autem ſpurij, eo quod ſint geniti ex parentibus ignorantibus habere inter ſe impedimentum dirimens matrimoniũ, cùm illud haberent, legitimentur per matrimonium poſtea cum diſpenſatione in tali impedimento celebratum? numer. 343. *& ſeqq.*

Quæ legitimatio intelligatur concedi à Papa, cùm dando facultatem ad diſpẽſandum in impedimento matrimonij eorum, qui declararunt habuiſſe inter ſe copulam, dicit; Authoritate noſtra diſpenſes, prolem ſuſceptam, ſi qua ſit, & ſuſcipiendam, legitimam decernendo? *num.* 344.

Filius conceptus, vel natus ex parentibus illegitimis poſtquam fuerunt diſpenſati in impedimento matrimonij, quo antea laborabant, eſt verè naturalis, & legitimatur per ſequens matrimonium; num. 345.

Vtrum filius verè naturalis legitimetur per ſequens matrimonium inualidum, bona tamen fide, & in facie Eccleſiæ celebratum, at validum exiſtimatum; vt quando poſt talis filij natiuitatem parentes ignoranter contraxerunt impedimentum dirimens; num. 346.

333 HIs ſuppoſitis, triplici principali cõcluſione præſenti inſtituto ſatisfaciemus. Prima concluſio ſit. Legitimatus per ſubſequens matrimonium euadit plenè & perfectè legitimus, nec minùs tenetur pater illum inſtituere, quàm ſi conſtante matrimonio natus eſſet. Eſt certa, & indubitata apud omnes ſententia, per *d. cap. Tanta, Qui filij ſint legitimi*, ibi; *Tanta eſt vis matrimonij, vt qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur*, & *d. Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui, cap. 2. verſ. Siquis igitur dotalia*, ibi; *Legitimas eſſe nuptias, & filios, vel præcedentes* (ſcilicet nuptiarum celebrationem) *vel conceptos, legitimos ei eſſe ſancimus.* Ubi cùm nulla prorſus limitatio tali legitimationi adhibeatur, fit planum taliter legitimatos perinde fieri legitimos, acſi legitimè concepti eſſent; & conſequenter non minùs teneri parentes eos inſtituere hæredes in ſuis teſtamentis, quàm alios filios conſtante jam matrimonio natos. Cum enim hæc legitimatio inducta fuerit in fauorem, & honorem matrimonij propter magnam ejus dignitatem id quodammodo exigentem, eſt omnium fauorabiliſsima, vt ex Tiraquel. *de Iure primog. q.* 34. *num.* 28. aduertit Mantic. *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 12. *num.* 2. & ſic extenditur ad omnes effectus pleniſsimæ legitimationis; ita vt taliter legitimatus nihil à legitimis differat, tam quoad ſucceſsiones, quàm quoad quęuis alia, vt deſcendendo ad multa particularia latè proſequitur Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 24. *à num.* 1. Quod in hoc Luſitaniæ Regno adeò receptum eſt, vt etiam ad ſuccedendum in bonis Coronæ hujuſmodi filij admittantur *lib.* 2. *Ordinat. tit.* 35. *§.* 2.

Aduertendum tamen, quod vt hæc legitimatio locum habeat nonnullæ conditiones, & ſolemnitates à jure Ciuili requiruntur, quas jus Canonicum non poſtulat. Nam de jure Canonico ſolùm requiritur, quòd filij ſint nati ex parentibus, qui tempore conceptionis, vel natiuitatis ipſorum filiorum eſſent habiles ad matrimonium validè inter ſe contrahendum, vt conſtat ex *d. cap. Tanta*; vbi ſola hæc conditio poſtulatur, & notant communiter DD quos latè refert eos ſequens Mantica *d. tit.* 12. *num.* 5. *& ſeqq.* De jure autem Ciuili, vltra hanc conditionem, requiritur, quòd tales filij ſint nati ex muliere, quæ eſſet viri concubina, eaque vnica in ejus domo loco vxoris detenta, vt ſumitur ex *§. Tribus, Auth. Quib. mod. nat. effic. legit. & §. Siquis autem, Auth. Quib. mod. natural. efficiant. ſui, & §. vltim. Inſtit. de Nuptijs*, eſtque communis ſententia, quam tenet 334

Barth.

Digitized by Google

Barthol. *in l. vltim. ad fin. ff. de Concubin.* & plerique alij, quos citat & ſequitur Mantica *d. num. 5.* & Caldas *de Nominat. q. 21. num. 74.* Et præterea, quod poſtea matrimonium cum ea celebretur confectis inſtrumentis dotalibus, vel ſaltem nuptialibus, juxta tex. *in d. Auth. Quibus mod. natural. effic. ſui, cap. 2. §. Siquis igitur dotalia, & in d. §. vltim. Inſt. de Nupt.* quæ etiam eſt communis ſententia, quam ſequuntur, & latè explicant Mantica, & Cald. *loc. cit.* Item juxta aliquos requiritur quòd mulier talis eſſet conditionis, vt honeſtè poſſet duci in vxorem, vt apud eundem Caldas videre licet.

335 Vnde non immeritò dubitari ſolet, an deficientibus his conditionibus juris Ciuilis, vel aliqua earum, ſatis ſit interuenire tantùm dictam conditionem juris Canonici, ad hoc vt filij per ſequens matrimonium euadant perfectè legitimati, etiam quoad ſucceſsiones, & reliqua temporalia in terris non ſubjectis temporali dominio Eccleſiæ, vbi jus Cæſareum ſeruatur. Qua in re partem negatiuam, ſaltem vt veriorem, nonnulli Iuriſtæ amplectuntur; eoquod in temporalibus juri Ciuili ſtandum ſit, non verò juri Canonico, cui temporalia extra terras Eccleſiæ non ſubduntur. Ita ſentiunt Cynus *in l. Et ſi contra, Cod. de Nupt.* Bald. *in l. Neque, Cod. de Nupt.* Angel. Alex. Ruin. Curtius jun. Socin. jun. Alciat. & alij, quos refert Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 11. tit. 12. num. 6.* At contrarium tenendum eſt, cum communiſsima, & longè veriori ſententia; quia in jis, quæ ſpectant ad matrimonium, & ejus acceſſoria, ſtandum omnino eſt juri Canonico, cui nulla ratione poteſt denegari, efficere potuiſſe vt vis matrimonij retrotraheretur, ipſius juris fictione, ad tempus conceptionis illorum filiorum, & ſic efficere, vt perinde euaderent legitimi, ac ſi conſtante jam ipſo matrimonio concepti eſſent, interueniente tantùm dicta conditione ejuſdem juris Canonici. Ex quo planè conſequitur, talem legitimationem eſſe pleniſsimam, & vbique gentium habere locum etiam quoad temporalia; cùm per illam retrotractionem matrimonij filius cenſeatur natus ex ipſo matrimonio, & ſic tam legitimus quoad omnia, quàm qui verè legitimi naſcuntur. Et ita hanc ſententiam tenent Couar. *Epit. in 4. lib. Decret. p. 2. q. 8. §. 2. num.* 8. Caldas *d. q. 21. de Nominat. numer.* 81. Peregr. *Fideicommiſs. art. 24. num. 53. & ſeqq.* Mantic. *d. tit. 12. num.* 8. Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 172. verſ. Per ſubſequens matrimonium*, affirmans eſſe in praxi receptam, etiam in foro ſæculari, ac legibus Luſitaniæ, & Caſtellæ approbatam, Sanch. *lib. 3. de Matrimon. diſp. 43. num. 2. ante med.* & alij permulti, quos referunt.

336 Dubitant præterea Doctores, an prædicta legitimatio locum habeat, etiamſi filius, de quo legitimando agitur, ſit inuitus, vel non conſentiat? Negant multi, quos citat, & ſequitur Peregrinus *de Fideicommiſſ. art. 24. num. 57.* per text. *in §. Generaliter, Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui*, vbi quocumque modo filius legitimandus ſit, etiam per ſubſequens matrimonium, quod ibi ſignificatur per celebrationem inſtrumentorum dotalium, conſenſus ipſius filij poſtulatur; idque ea ratione, quæ ibidem exprimitur, his verbis, *Nam ſi ſoluere jus patriæ poteſtatis inuitis filijs permiſſum non eſt patribus, multò magis ſub poteſtate redigere filium inuitum, & nolentem.* Addit verò idem Peregrin. *num.* 58. ſatis eſſe conſenſum filij per ſubſequentem ratificationem; & quidem ſufficere tacitum ejus conſenſum in eodem text. exprimitur. At nullum filij conſenſum neceſſarium eſſe de jure Canonico, cui in vtroque foro in præſenti materia ſtandum eſt, vt ſupra ſtatuimus, docet meritò Couar. *in Epit. ad 4. lib. Decret. cap. 8. §. 2. num.* 13. & Molin. *d. diſp. 172. verſ. Vt naturales filij*, quia *in d. cap. Tanta, Qui filij ſint legitimi*, tribuitur jus efficiendi hanc legitimationem ipſi matrimonio ſubſequenti; ita vt non minùs efficiat legitimos filios antea natos, quàm qui conſtante jam ipſo matrimonio naſcuntur: vnde

ſicut

Google

vtique ſupponens, quòd quamuis cauſę eſſent dignę, ſi per leges non eſſent approbatæ & confirmatæ, minimè poterant filij ratione illarum exhęredari. Et propterea, cùm ibidem ſtatuit, vt ex nulla alia lege liceat cauſas ingratitudinis opponere, præter illas 14. non poteſt dici, quod ſolùm voluit excludere alias cauſas in legibus contentas, ſed quod etiam excluſit quaslibet alias in eis prætermiſſas; cùm intellexerit, ſolùm ex cauſis per legem approbatis filios exhæredari poſſe à parentibus.

308 Probatur ſecundò, quia cùm hæreditas, ſeu legitima ſit debita filijs ex diſpoſitione legum ſtatuentium, vt parentes teneantur eam illis relinquere: non poſſunt parentes abſque permiſsione ipſorum legum eam illis denegare. Ergo niſi habeant cauſam, ex qua leges id permittant, non poſſunt exhæredare; & conſequenter, cùm *in d. Auth. Vt cum de appellat.* conſtitutum ſit, vt ex nulla lege poſsint cauſas opponere præter illas 14. ex eis tantùm exhæredare poſſunt. Confirmatur, & declaratur; quia quantumuis quis mereatur pænam priuationis bonorum, nemo abſque publica authoritate poteſt eam illi imponere; nam punire crimina hujuſmodi pænis grauibus ad ſolam publicam poteſtatem ſpectat, nec parentum authoritas ad id extenditur: talis autem eſt pęna exhæredationis, vt per ſe conſtat: ergo quamuis filij graue crimen commiſerint, ex quo reuerà illam mereantur, non poſſunt parentes illam imponere, niſi ob crimen, ex quo per publicam authoritatem Principis, ſeu legis, id fuerit conceſſum, atque adeo cùm hodie ex ſolis dictis 14. cauſis lex concedat vt poſsint filios exhæredare ex nullis alijs id efficere poſſunt.

309 Tertiò & vltimò probatur, excludendo fundamenta prioris ſententiæ. Ad primum enim reſpondetur, negando pænam extendi ad caſus non expreſſos, etiamſi in illis inueniatur par, vel maior ratio; contrarium enim eſt verius, vt latè citatis alijs probat Sanch. *lib. 10. de Matrimon. diſp. 4. num. 3. ad med*, & fermè in ſpecie *tom. 1. in Tract. lib 2 cap. 29 num. 13.* vbi cum plurimis DD. tradit, pænam exhæredationis impoſitam filijs reorum læſæ majeſtatis, vt non poſsint ſuccedere ex teſtamento, vel ab inteſtato, quibuſcumque conſanguineis, vel extraneis, non extendi ad filios hæreticorum, nihil obſtante quòd crimen ſit grauius crimine læſæ majeſtatis. Et vniuerſim, quòd ſimilitudo rationis non ſufficiat ad extendendam pænam ad caſus non expreſſos, tradit etiam & latè probat Suar. *lib. 6. de Legib. cap. 3 num. 5. & 6.* eſtque optima illa ratio, quam idem Suar. adducit, & valde etiam commendat Sanch. *d. diſp. 4. num.* 3. quia lex pænalis quoad pænam, non pendet tantùm à ratione, quantum à legiſlatoris voluntate, & determinatione; nam quamuis ratio dictet, debere puniri crimen aliquâ pænâ proportionatâ, non tamen determinat talem vel talem ſpeciem pęnæ, ſed hoc ex ſola voluntate legiſlatoris pendet; & ideo quando crimina ſunt ſpecie diſtincta, licèt aliàs ſint ſimilia, vel vnum alio grauius, pæna vni, etiam minùs graui, appoſita non extenditur ad aliud ob paritatem, vel maioritatem rationis, niſi illi etiam determinatè fuerit à legiſlatore præſcripta. Neque bene in præſenti caſu ad comprehenſionem recurritur, quaſi mens Imperatoris fuerit comprehendere omnes alias cauſas, in quibus par, vel maior eſſet ratio. Nam vt optimè declarat Suar. *d. cap. 3. num. 22.* ex vi rationis non poteſt fieri extenſio comprehenſiua, niſi vel ex verbis ipſius legiſlatoris, vel ex neceſsitate vitandi aliquod abſurdum, ſufficienter colligatur mentem legiſlatoris fuiſſe caſus etiam non expreſſos comprehendere; neutrum autem in præſenti reperitur. Addo præterea, quidquid ſit de admittenda, vel non admittenda extenſione pęnarum ad caſus ſimiles in alijs materijs, qua in re variè ſentiunt DD. certè in præſenti locum nō habere, cùm ipſe legiſlator expreſsè vetuerit, illam pænam exhæredationis ex vllis alijs cauſis, præter dictas 14. imponi, vt *ſup. num.* 307. declaratum eſt.

Ad

310 Ad ſecundum patet reſponſio ex dictis *eod. num.* 307. vbi clarè oſtendimus, non tantùm excludi ab Imperatore alias cauſas anterioribus legibus præſcriptas, ſed etiam in eis omiſſas. Ad tertium tandem quod Anton. Gom. nouiter addidit, negamus in illa ſecunda cauſa de prædictis 14. comprehendi omnes alias, quæ accidere poſſunt. Nam vt rectè declarat Molin. *d.diſp.* 176. *verſ. Quid ſiquis*, & Sanch. *lib.* 4. *de Matrim. diſp.* 24. *num.* 13. illa ſecunda cauſa intelligitur de injuria per ſe, ac directè illata parentibus; qualis eſt contumelia grauis verborũ, aut in patris ignominiam cornua pro foribus illi appendere, vel alia ſimilis; non autem de injuria per accidens, & indirectè, ac præter filij intentionem illatã; qualis eſſet, ſi inuitis parentibus, ignominioſam vxorem duceret, vel aliud quidpiam ſimiliter indecorum committeret; neque enim per hujuſmodi probroſas actiones, quæ ſolùm indirectè, & præter intentionem cedunt in parentum dedecus, propriè dicetur injuriam parentibus ingerere, vt vim hujus verbi expendenti planũ erit.

311 Quare prædictam ſecundam ſententiam omnino præferendam cenſeo, adeoq; veram exiſtimo, vt contrariam quantumuis communem, ne probabilem quidem audeam dicere. Et idem cenſeo de jure Luſit. vt ſcilicet pręter cauſas *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 88. appoſitas, licitum non ſit in hoc Regno propter vllas alias filios exhęredare. Nam licèt hæc excluſiua ibi non exprimatur, attamen ſufficienter indicatur in principio illius tituli, ibi; *As cauſas porque os pays, ou mãys podem desherdar os filhos, ſaõ as ſeguintes.* Qui dicendi modus ſatis oſtendit mentem Legiſlatoris eſſe, vt propter eas tantùm poſſent parentes filios exhæredare. Et ita intellexit Fragoſ. 3 *p.lib.* 2. *diſp.* 5. §. 2. *n.* 28.

312 Tertia dubitatio eſt; vtrùm ſi filius ingratus patri reconcilietur, exhæredationem, vel ejus effectum impediat? Ubi duo caſus diſtinguendi ſunt. Primus eſt, quando reconciliatio eſt facta antequam pater filium exhæredaret; & in hoc caſu communis, & vera reſolutio eſt, per talem recõciliationem impediri omnino exhæredationem; itaut pater condens poſtea teſtamentum, jam non poſſit filium exhæredare ob ingratitudinem ante reconciliationem admiſſam: ſic innumeris relatis DD. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 30. *num.* 8. Couar. alios etiam referens *in cap. Raynutius, in princ. n.* 7. *de Teſtam.* Mant. *de Conject. vlt. vol. lib.* 4. *tit. vlt. n.* 44. Cald. Per. *QQ. forenſ. lib.* 1. *q.* 18. *n.* 8. & Mol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 176. *verſ. Dubium etiam eſt.* Ratio patet, quia per reconciliationem cenſetur tacitè ſaltem remiſſa præcedens ingratitudo, & ſic ſublata penitus cauſa, ex qua pater filium exhæredare poſſet. Et quidem ſi filius fuerit à patre receptus ad cõmunem victum, & menſam, ſatis id eſt, vt præſumatur reconciliatio, & conſequẽter ingratitudo remiſſa, vt cum Barth. & alijs notat Mantic. *loc. cit.* juxt. text. *in l. In ipſius, C. Fam. ercifc. & in l.* 3. §. *vlt. cum l. ſeq. ff. de Adim. leg.*

Bene autem præfatam reſolutionem limitat Caldas Per. *vbi ſupra*, Barboſ. *in l.* 1. *p.* 4. *num.* 46. *ad fin. ff. Sol. matr.* vt non procedat in hoc regno Luſitaniæ, quando filia minor 25. annis nupſit abſq; conſenſu patris; quia tunc per ipſam legẽ Regiam *lib.* 4. *Ordin. tit* 88. §. 1. ipſo facto exhæredatur, & conſequenter, licèt poſtea reconcilietur parentibus, jam ea reconciliatio exhæredationem impedire non poſſit. Hoc tamen intellige, præterquam in caſibus ibidem expreſsis; in quibus permittitur parentibus, vt talem filiã poſſent hæredem facere, ſi velint, injuriam ſibi illatam ei remittendo. Et idem eſt quando talis filia minor dormierit cũ aliquo viro. Nam tunc etiam ipſo facto per illam legem exhæredatur, idemq; circa illam diſponitur, atque circa eam, quæ nupſit abſque parentum conſenſu. 313

Alter caſus eſt quando reconciliatio facta eſt poſt teſtamentum, in quo pater filium exhæredauit. Et in hoc caſu variant DD. Multi enim ſentiunt, per hanc reconciliationem reuocari, & tolli exhæredationem. Ita Barth. per illum tex. 314

in l. 3. §. fin. num. 5. ff. de Adim. leg. Iaſ. *in l. In arenam, n. 7. C. de Inoffi. teſt. & in Auth. Non licet, in fin. C. de Liber. & poſth.* Pariſ. *conſil. 1. n.* 139. *lib.* 1. Plot. *conſil. 6. n.* 17. Simon de Præt. *de Interpr. vlt. vol. lib. 3. interpr. 1. dub. 6. ſol 4. n.* 17. & Mantic. alios referens *lib. 4. de Conject. vlt. vol. tit. vlt. ſub n* 44. Ducuntur primò, quia legata, cùm ſint fauorabilia, tolluntur per ſuperuenientem inimicitiam *d. l. 3. §. vlt. ff. de Adim. leg.* ergo ecõtra per ſuperuenientem amicitiã cenſebitur à fortiori tolli exhæredatio, quæ eſt valde odioſa. Secundò, quia per ſuperuenientem reconciliationem cenſetur remiſſa injuria, & ingratitudo à filio commiſſa; & ita ſublata eſt cauſa exhæredationis: ceſſante autem cauſa ceſſat effectus, *c. Cum ceſſante, de Appellat.*

315 Contrarium verò tenent Baldus, Imol. Aretin. Alex. Iaſ. ſibi contrarius *in l. Filio, quem pater, ff. de Liber. & poſthum.* Couar. *in dict. cap. Raynutius, in princip. numer.* 17. vbi alios refert, Aldrob. apud Mantic. *dict. tit. vltim. in fine, in noua edit.* Menoch. plures referens *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 30. numer.* 3. Barboſ. *in l. 1. p. 4. numer.* 47. referens Burſatum, Curt. jun. Roder. Suar. & alios, Caldas Pereir. *QQ. forenſ. lib. 1. quæſt. 18. numer. 8. ad fin.* Rebel. *de Obligat. juſt. p. 2. quæſtion. 14. numer.* 27. Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordinat. lib. 4. tit. 88. §. 1. fine,* & alij. Probant primò per text. *in dict. l. Filio quem pater,* vbi habetur, quòd quanuis pater per arrogationem ſibi reconciliet filium emancipatum, adhuc tali filio nocere exhæredationem antea ſcriptam. Secundò, quia ſi exhæredatio tollitur, reuocatur conſequenter teſtamentum, & redditur nullum, vtpote in quo filius jam non eſt exhæredatus, neque inſtitutus, ſed præteritus: hoc autem non congruit voluntati teſtatoris, qui non præſumitur voluiſſe eligere viam, per quam ejus teſtamentum euerteretur, *l. 3. ff. de Milit. teſtament.* Neque ſola voluntas tacita, quæ ex illa reconciliatione intelligeretur, eſt ſufficiens ad reuocãdum teſtamentũ, ſed requiritur expreſſa, & ſolemnis, *l. Si jure,* & ibi Barth. *ff. de Leg.* 3. Vnde ceſſat primum argumentum contrariæ ſententiæ deſumptum ex ademptione legatorum; cùm hæc nudâ voluntate tollantur, *d. l. 3. §. vltim ff. de Adim. leg.*

Mediâ quadam via incedunt Emman. 316
à Coſta *in §. Et quid ſi tantùm, p. 3. n.* 180. & Mol. *d. diſp. 176. verſ. Mihi ſanè,* qui tenent, non cenſeri ſtatim abolitam exhęredationem, & reuocatum teſtamentũ ob dictam reconciliationem, cum filio ingrato, & conſequenter non poſſe ab eo dici nullum poſt mortem patris: at poſſe ab illo impugnari querelâ inofficioſi, opponendo, & probando, quod per illam reconciliationem fuerit remiſſa injuria ingratitudinis, atque adeo ſublata cauſa, ob quam pater illum exhæredare poterat; & ſic tandem annullandum fore tale teſtamentum, & filium ad hæreditatem patris ab inteſtato admittendum. Hæc vltima ſententia mihi videtur præferenda; quia priores duas aliquo modo conciliat: neq; contra illam vim habent earum fundamenta, ſed potiùs illam adjuuant vt conſideranti patebit, & hæc creditur fuiſſe mẽs Barthol. pro prima ſentẽtia allegati. Maximè verò procedit hæc ſentẽtia, ſi pater expreſsè remiſit ingratitudinem filij.

Quarta dubitatio eſt: vtrùm ſi filius in- 317
gratus, patre viuente, agat pœnitentiam, & emendetur, talis pœnitentia exhæredationem tollat, vel ſaltem impediat, ne pater illum exhæredare poſsit? Partem affirmantem amplectuntur non pauci apud Barb. *in l. 1. p. 4. n. 44. ad fin. ff. Sol. matr.* aſſerentes, ſi filia, quæ peccauit in corpus ſuum, pœnituerit, & emendetur, reuocatã cenſeri exhæredationem: & quòd pœnitentia impediat, ne poſtea ob præteritam ingratitudinẽ à patre exhæredari poſsit, multò plurium eſt ſententia, quam nõnulli dicũt cõmunem, vt videre eſt apud Iul. Clar. *de Teſt. q. 41. verſ. Præterea quæro,* vbi illam in his terminis amplectitur, & apud Couar. *in d. c. Raynutius, n.* 18. vbi plures prò ea refert: illam etiam admittit Cald. Per. *QQ. forenſ. lib. 1 q. 18. n. 8 ad fin.* referẽs eſſe cõmunem, Facit, & adduci

ſolet

ſolet pro hac parte *l. Imperialis, Cod. de Nuptijs, & cap. Ferrum, 50. diſt.*

318 Contraria tamen ſententia, quòd illa pœnitentia, & emendatio non tollat, neque impediat fieri exhæredationem eſt longè verior, & omnino tenenda. Eam relatis alijs tuentur Couar. *loc. cit.* Barb. *loc. etiam citat. num.* 45. *&* 46. Emman. à Coſta *in §. Et quid ſi tantum, p.* 3. *numer.* 192. Molin *d. diſp.* 176. *verſ. Dubium prætereà eſt*, & alij, quibus accedit Ioannes Dilectus *tract. de Arte teſtandi, cautela*, 17. *num.* 2. vbi ait, quòd in iudicando non ſequeretur oppoſitam opinionem, licèt eam probauerit Abbas, & Alex. quos ibidem refert. Fundamentū eſt, quia pœnitentia non operatur, niſi quoad Deum, nec impedit jus alteri quæſitum, vt notat Gloſ. *in cap. Gaudemus, de Diuortio*, & latè proſequitur Couar. & Barboſ. *loc. cit.* Nec obſtat *d. l. Imperialis*, quia ſolū probat, quòd filia emendata digna eſt veniâ & gratiâ, non verò quòd pater teneatur culpam, & pœnam ingratitudinis ei remittere. Non obſtat etiam *d. cap. Ferrum*, quia ſolùm agit de pœnitentia peccati, vt eſt offenſa Dei.

Quinta dubitatio eſt: vtrùm filio ingra-
319 to ingrediente Religionem, per profeſſionē in illa impediatur, & tollatur exhæredatio? Negant abſolutè Iaſ. *in Auth. Non licet, n.* 4. *C. de Liber. præter.* & alij quos refert Emman. à Coſta infra citan. argum. text. *in l. Deo nobis*, 42. *§. Hoc etiam, C. de Epiſc. & cleric.* quatenus ibi ſtatuitur, vt filio ingrediente Religionem, parentibus inuitis, non poſſit ex ea ſola ingratitudinis cauſa exhæredari; quo planè ſupponitur, poſſe exhæredari ex alijs. Neque in contrarium, vt dicti AA. credunt, extat priuilegium, quo hæc prærogatiua Profeſſioni concedatur. Nam licèt in *c. fin.* 19. *q.* 3. expreſsè habeatur, quòd aſſumens ſtatum monachalem non poſſit exhæredari ob vllam ingratitudinē antea cōmiſſam; hic textus deſumptus eſt ex quadam Nouella conſtitutione Cæſarea, de cujus auctoritate & veritate valde dubitatur; cùm non ſit inſerta in corpore juris Ciuilis, nec authoritas Gratiani, qui eam dicto loco appoſuit, tanta ſit vt illam tanquam veram legem, ac legitimè promulgatā recipere cogamur, quemadmodum poſt alios conſiderauit Alciat *in Parergon, lib.* 4. *cap.* 23.

Cæterùm, cùm dicta Nouella reperiatur 320
inſerta in corpore juris Canonici, credunt aliqui, quòd de jure Canonico competit illud priuilegium Profeſsioni religioſæ, licèt aliud ſit de jure Ciuili. Ita Gloſ. *in Auth. De monachis, col.* 1. *in princ. ver. Maculam*, & Salic. *in d. l. Deo nobis, §. Hoc etiam, n.* 1. Id tamen meritò reprobat Sanch. *tom.* 2. *in Dec. lib.* 5. *c.* 5. *n.* 32. Quia leges inſertæ Decreto per Gratianū ſolū gaudent authoritate juris Ciuilis, ex quo deſumptæ ſunt, vt cū alijs probat idē Sanch. *lib.* 9. *de Matr. diſp.* 12. *n.* 3. *&* 5. Vnde ſi illud priuilegiū non ſubſiſtit de jure Ciuili, vigore dictæ Nouellæ, neque etiam de jure Canonico vim habet.

Alij verò diſtinguunt, aſſeruntq; ſi ingra- 321
titudo juſtam exhæredandi cauſam præbens erat ex vitio ſolū filiū directè cōcernenti, vt quia erat arenarius, hāc per Profeſsionē aboleri, eoquod ad meliorē frugē ſe receperit: ſecus autē ſi ipſū patrem directè oſtendit, vt ſi filius eū graui injuriâ affecit, vel filia in ejus ignominiâ indignè abſq; ejus conſenſu nupſit. Sic Bald. *in d. l. Deo nobis, §. Hoc etiā, n.* 2. & ibi Paul. *n.* 1. Aret. & Curt. jun. quos refert, & ſequi videtur Couar. *in d. c. Raynutius, in princ. n.* 10 *de Teſt.* Atq; juxta hoc judicatū fuiſſe in Regio Senatu Caſtellæ, filiam nubentē abſq; patris conſenſu exhæredari potuiſſe, licèt nō conſūmato matrimonio Religionē profeſſa ſit, teſtatur Ioan. Lup. *in l.* 49 *Tauri, ad fin.*

Nihilominus receptior, ac verior ſententia eſt, quaslibet ingratitudinis cauſas 322
Profeſsione aboleri, itaut propter nullam eorū filius exhæredari poſsit. Ita in ſpecie Panorm. *cōſil.* 27. *n.* 2. *lib.* 2. Em. à Coſt. *in §. Et quia ſi tantum, p.* 3 *à n.* 195. Mol. *d. diſp* 175 *prope fin.* Sanch. *tom.* 2. *in Dec. lib.* 5. *c.* 5. *n.* 33. Lazana, & Rodrig. quos citat, & ſequitur Pellizarius *tom.* 1. *Manual. regular. tract.* 3. *cap.* 4. *numer.* 41. Stant etiam pro hac ſententia Gloſ. *in d. l.*

Deo nobis, §. Hoc etiam, verb. Quaſi, & in d. cap. fin. verb. Ingratitudinis, 19. *q.* 3. & ibi: Turrecrem. *num. vnic.* Cardinal. Felin. D. Antonin. Angel. & Sylu. quos refert Sanch. *proximè citat.* indiſtinctè afferentes, ingratitudinem aboleri profeſsione. Probatur ex *d. Nouella Conſtitutione*, quæ in Religionis fauorem hoc priuilegium expreſsè, & indiſtinctè profeſsioni concedit; & cùm contineat jus Cæſareum, illudque nouiſsimum, omnibus anterioribus juribus præualet, neque argui poteſt falſitatis, non ſolùm quia Gratianus, qui eam Decreto inſeruit, vir fuit integerrimus, & probatæ authoritatis, ſed etiam quia in alijs quoque emendatis codicibus reperitur, teſte Couar. *vbi ſup. num.* 21. Nec obſtat contrarium fuiſſe judicatum in Regio Senatu Caſtellæ, quia ſententia à judicibus prolata non facit jus, vt contra nonullos oſtendimus, *diſp.* 1. *ſect.* 5. §. 4. *num.* 213. *& ſeq.* & Senatores, qui ita judicarunt, moueri potuerunt aliqua ex prædictis opinionibus contrarijs, quæ tunc adeo improbatæ non erant.

323 Hæc ſententia locum etiam habet in ijs, qui in Societate Jesv per vota ſimplicia poſt biennium nouitiatûs fiunt Religioſi, vt bene aduertũt Sanch. *d. c.* 5. *n.* 34. & Pellizarius *vbi ſup.* Tum quia dictum priuilegium conceditur fauore profeſsionis, eoquod per illã fit profitens verè Religioſus, & vitam notabiliter mutat in melius; quod vtrumque in dictis votis reperitur. Tum etiam, quia textus dictæ Nouellæ relatæ *in c. fin.* 19. *q.* 3. loquitur de eo, qui fit monachus, ideſt Religioſus. Addunt præterea citati DD. expulſum à Religione poſt profeſsionem, vel dicta vota ſimplicia non reincurrere in priſtinam ingratitudinem, ſeu pœnam illius, cùm ſemel fuerit abolita. Quod intelligo, niſi in fraudem illius dicta vota emitteret, animo exeundi poſtea à Religione, & potiundi hæreditate, cùm fraus nemini patrocinari debeat.

324 Sexta dubitatio eſt: vtrùm ſi filius poſt commiſſam ingratitudinem exhæredationis dignam incidat in amentiam, viuente patre, poſsit nihilominus exhæredari? Reſpondetur affirmatiuè, ex communi ſententia, quam multis citatis DD. retuli, & ſequutus ſum *diſp. præc. ſect.* 4. §. 3. *n.* 795. licèt ab ea recedat Iul. Clar. vel potiùs illam temperet *tract. de Teſt. q.* 41. *verſ. Sed pone*, dicens non poſſe talem furioſum exhæredari in ejus odium, ideſt, mala mente, ſed ſolùm in ejus, vel ab eo deſcendentium, beneficium, atque adeo bona mente; & in hunc ſenſum accipi poſſe leges, quæ pro contraria communi opinione afferuntur, vt *l. fin. §. Sed cum antiquitas, C. de Curat. furioſ.* & aliæ ſimiles. Atque hanc ſuam opinionem dicit apertè colligi ex *l. pen. §. Etmaxime, ff. de Curat. furioſ.* Quæ quidem ſententia mihi ſatis æqua, & probabilis videtur.

Dubitari tandem hic poteſt, vtrùm filio exhæredato teneatur pater prouidere de alimentis, ſaltem ad vitæ ſuſtentationem neceſſarijs? At cùm hoc præſentis inſtituti non ſit, deciſionem hujus dubij apud alios remitto, & videri inter alios poſſunt Ant. Gom. *tom.* 1. *Var. c.* 11. *n.* 13. P. Barb. *in l.* 1. *p.* 4. *n.* 41. Cald. Per. *QQ. foren. q.* 18. *n.* 9. & Sanch. plurimos referens *lib.* 4. *de Matr. diſp.* 26. *in princip.* 325

§. 9. *Vtrum filij legitimati neceſſariò ſint inſtituendi hæredes in teſtamento paterno, ſicut legitimè nati?*

SUMMARIUM.

Filij ſimpliciter legitimati neceſſariò debent inſtitui hæredes in teſtamẽto paterno, ſicut legitimè nati; & ſi à patre prætereãtur, poſſunt dicere teſtamentum nullum; n. 326.

Quid, ſi non ſint legitimati ſimpliciter, ſed cum aliqua reſtrictione, vel tantùm ſint diſpenſati? num. 327.

Tripliciter poſſunt, & ſolent filij legitimari: vel per ſubſequẽs matrimoniũ, vel per diſpenſationẽ in radice matrimonij, vel per reſcriptũ, ſeu beneficiũ Principis. Quando, & qua ratione hi modi legi-

gitimandi locum habeant? num. 328.

Legitimatio facta per reſcriptum Principis, ſolùm eſt, quoad ciuilia. Et facta per reſcriptum Principis Eccleſiaſtici, idest Summi Pontificis, ſolùm regulariter eſt quoad Eccleſiaſtica, ſeu ſpiritualia; num 329.

Legitimatio non ſolet concedi à Principe ſæculari, præſertim in Hiſpania, & Luſitania, niſi cum aliquibus limitationibus. Et plerunque tales legitimationes ſunt tantùm diſpenſationes, vt in Luſitania, in ipſa forma conceſsionis appellantur; num. 329.

Vnde dignoſcatur, an legitimatio conceſſa per reſcriptum ſit propria, vel tantum diſpenſatio? num. 330.

In quo conſiſtat propria ratio legitimationis veræ, & in quo à diſpenſatione differat? num. 331.

Quādo legitimatio eſt tantū diſpenſatio, interpretanda eſt ſtrictè: quando verò eſt legitimatio propria, amplè; n. 332.

326 POſt filios legitimos, ſeu legitimè natos, de quibus haſtenus dictum eſt, ſequitur vt dicamus de legitimatis, an ſimiliter oporteat, eos hæredes inſtitui à parentibus; cùm per ipſam legitimationem efficiantur legitimi? Hac igitur in re generalis, & vera reſolutio eſt, filios ſimpliciter legitimatos neceſſario inſtitui debere hæredes in teſtamento paterno, ſicut legitimè natus. Ita relatis alijs Couar. *Epitome in 4. lib. Decret. p. 2. cap. 8. §. 8. num. 2.* Gama *deciſ. 11. num. 4.* Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 173. verſ. Legitimatus Principis*, Cabedo, *2. p. deciſ. 69. num. 2.* Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 9. num. 17.* & cæteri DD. communiter, qui docent ſimpliciter legitimatos, ſi à patre prætereantur, poſſe dicere teſtamentum nullum, vt probat tex. *in §. Generaliter, Authent. Quibus mod. natural. effic. ſui, juncta l. Filius à patre, §. 1. ff. de Liber. & poſth.* Ratio verò eſt, quia per legitimationem ſimpliciter, ita filius illegitimè natus reſtituitur natalibus, & ſub patria poteſtate conſtituitur, vt nihil à legitimis, ſeu legitimè natis differat, *§. Illud tamen, d. Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui*, & ſic comparat omnia legitimorum jura, tam quoad ſucceſsionem ab inteſtato, quàm ex teſtamento, vt non minùs teneatur pater ei relinquere legitimam, & in ea illum inſtituere, quàm ſi legitimè natus eſſet: vnde conſequens eſt, quòd ſi à patre prætereatur, vel indebitè exhæredetur, dicere poſsit teſtamentum nullum, vel per querelam inofficioſi illud impugnare, juxta omnia jura, quæ filijs legitimè natis id concedunt.

327 Dixi, *ſimpliciter legitimatos*, quia ſi non legitimentur ſimpliciter, ſed cum aliqua reſtrictione, vel ſolùm diſpenſentur in aliquibus inhabilitatibus illegitimorū, vt ſæpe fit; euenire ex hoc capite poterit, vt pater non teneatur eos inſtituere hæredes, nec illi poſsint impugnare teſtamētum, in quo ab eo fuerint præteriti. Quocirca non erit abs re explicare in præſenti, quando cenſeantur ſimpliciter, ſeu quoad omnia legitimari, & quando cum tali reſtrictione, vt pater non teneatur eos inſtituere?

328 In primis ergo ſciendum, tripliciter ſolere filios legitimari. Primò, per ſubſequens matrimonium: qua ratione legitimatur proles genita à parētibus habilibus ad contrahendum inter ſe matrimonium tempore conceptionis, aut natiuitatis ipſius prolis, *l. Cum quis, & l. Nuper, C. de Natur. liber. c. Tanta, Qui filij ſint legitimi, §. Reliqui igitur, Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui.* Secundò per diſpenſationē in radice matrimonij irritè contracti, retrotrahendo diſpenſationem ad tempus quo fuit contractū, ac ſubinde legitimando indirectè prolem ex eo natam, perinde ac ſi ex valido, & legitimo matrimonio fuiſſet ſuſcepta: qui legitimandi modus, ſeu poteſtas ad illum, Sūmo Pontifici cōpetit vt eſt cōmuniſsima DD. ſentētia, pro qua innumeros refert eos ſequens Sanch. *lib. 8. de Matr, diſp. 7. n. 4.* licèt nōnulli, quos citat *n. 3.* refragentur. Tertiò per reſcriptū, ſeu beneficiū Principis directè legitimantis perſonā, tollēdo ab ea inhabilitates, quibus jure poſitiuo ob natalium defectum afficitur, *d. §. Illud tamen,*

Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui. Hac ratione ſolus Princeps ſupremus poteſt legitimare ſuos ſubditos, quoad ea, in quibus illi ſubduntur: Molina *d. diſp.* 173. *verſ. Legitimare, & ſeq.* cæterique omnes. Olim etiam legitimabantur filij per oblationem curię, vt habetur *in §. Primus itaque modus, & ſeqq. Authent. Quib. mod. nat. effic. ſui.* Hic tamen legitimandi modus jam hodie non eſt in vſu, vt eum alijs affirmat Mantic. *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 10. *num.* 1. & ideo hic illum prætermittimus.

329 Sciendum præterea, legitimationem tertio modo factam, id eſt, per reſcriptum Principis vix, aut nunquam eſſe ſimpliciter, ſeu quoad omnia. Nam ſi facta ſit per Principem ſæcularem, ſolùm eſt quoad ciuilia, tollendo ſcilicet inhabilitates jure Ciuili inductas, non autem inductas jure Canonico, quę poteſtatibus laicis non ſubduntur. Si autem per Principem Eccleſiaſticum, qualis in hac materia eſt ſolus Summus Pontifex, vel qui ab eo facultatem habuerint, ſolùm regulariter eſt quoad ſpiritualia, & Eccleſiaſtica, tollẽdo inhabilitates inductas jure Canonico, vt ad Ordines, Beneficia, &c. quia Pontificia poteſtas, non extenditur per ſe ad ciuilia, niſi tantùm in terris temporali dominio Eccleſiæ ſubjectis, vel in aliquo raro caſu, in quo ſpirituale bonum animarum illius prouidentiam exigeret, nolente, aut negligente Principe ſæculari, ad quem per ſe ſpectaret, ſuo muneri ea in re ſatisfacere: Couar. *Epit. in* 4. *Decret. p.* 2. *cap.* 8. §. 8. *num.* 16. Molina *d. diſp.* 173. *in princip.* Sanch. *d. diſp.* 7. *num.* 1. Deinde, etiam quoad ciuilia, non ſolet fieri legitimatio per reſcriptum Principis, niſi cum aliquibus clauſulis eam limitantibus, vt quòd legitimatus poſſit ſuccedere in eo, quod pater ei relinquere voluerit, quæ clauſula apponi ſolet in legitimationibus, quæ fiunt in regnis Hiſpaniarũ, teſte Roderico Suar. & Gregor Lop. apud Couar. *d.* § 8. *num.* 2. *ante med.* & in ijs, quæ fiunt in Luſitania, vbi etiam additur, quòd ab inteſtato poſſit ſuccedere patri tantummodo, vt videre eſt apud Gamam *d. deciſ.* 11. *num.* 2. & mihi etiam conſtat ex vſitata forma, quam apud me habeo, ſub qua in hoc Regno reſcriptum legitimationis à Rege conceditur. Item apponi in hoc Regno ſolet clauſula, *ſine præjudicio legitimorum hæredũ*, vt etiam habetur in d. forma, & tradunt Valaſc. *de Partition. cap.* 12. *num.* 43. & Cabedo 2. *p. deciſ.* 69 *num.* 4 qui etiam teſtatur de illa alia; *Quòd ſuccedat in eo, quod pater voluerit.* Unde legitimationes, quæ in hoc Regno fieri ſolent, non veras legitimationes eſſe, ſed potiùs diſpenſationes, cenſent plerique Luſitani ſcriptores, Gama *d. deciſ.* 11. *num.* 4. *& deciſ.* 134. *num.* 1. Valaſc. *d. cap.* 12. *numer.* 42. *& conſult.* 165 *num.* 7. Cabed. *d. deciſ.* 69. *num.* 3. Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordin. Reg. lib.* 2. *tit.* 26. §. 32. *ſub numer.* 4. & alij. Et quidem in prædicta forma legitimatio, quæ in ejus terminis conceditur, diſpenſatio etiam ſemel atque iterum appellatur.

330 Cæterùm ad diſcernendum quando habilitatio illegitimi per reſcriptum conceſſa, eſt vera & propria legitimatio, quando ſolùm diſpenſatio, optima regula eſt, quam ex communi tradit Molina *d. diſp.* 173. *verſ. Hoc autem diſcrimen*, & probat etiam relatis alijs Gama *deciſ.* 383. *num.* 5. & Couar. *d.* §. 8 *numer.* 2. *ante med.* vt ſcilicet, quando Princeps illegitimum habilitat particulariter ad aliquod certum, vel ad aliqua tantùm, verè ſit diſpenſatio, licèt vſus ſit verbo legitimandi, vt dicendo, *legitimum efficio ad hoc, vel illud*: quando autem habilitat vniuerſaliter, ſiue ad ea, quibus jure Ciuili, ſiue quibus Canonico redditus erat inhabilis, tunc fit propriè legitimatio, licèt id fiat per verbum diſpenſandi, quia potiùs attendi debet ad id quod fit, quã ad verba, quibus fieri ſignificatur.

331 Ratio verò dicti diſcriminis eſt, quia legitimatio vera & propria definitur; Reſtitutio, *qua illegitimè natus reſtituitur natalibus, quibus omnes homines per ipſam naturam ante vllum jus poſitiuum naſcebantur habiles ad omnia, ad quæ poſtea illegitimè nati jure poſitiuo redditi*

ſunt

ſunt inhabiles, *d. §. Illud tamen. Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui*, vnde legitimatio propriè dicit quamdam habilitationē vniuerſalem. Quando autem illegitimus particulariter habilitatur ad aliquid, vel aliqua tantùm, talis habilitatio non eſt vniuerſalis, vt pater, & ſic non eſt legitimatio, ſed diſpenſatio: econtra vero. quando habilitatur vniuerſaliter, vera legitimatio eſt, etiamſi fiat cum aliqua reſtrictione, vt ſi abſolutè dicatur; *Legitimum eum facio*, vel, *Reſtituo eum naturæ, & legitimo juri, at non poterit ſuccedere ab inteſtato, niſi tantùm patri*; vel quid ſimile;quia hæc reſtrictio non tollit, quominus habilitatus fuerit vniuerſaliter, & ſit verè legitimatus, ſed ſolùm impedit aliquem legitimationis effectum, vt notabiliter declarat Socin. apud Gamam vbi ſup. & tenet Couar. *d. §. 8.num.* 2. ac relatis etiam alijs Cabedo, *d. deciſ.* 69. *numer.* 8. & Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Dubitant Doctores*, id quod optimè confirmari poteſt exemplo inſtitutionis hæredis, qui ſi inſtituatur cum aliqua declaratione tollente aliquem vel aliquos inſtitutionis effectus, vt quod non poſsit liberè diſponere de hæreditate, vel aliqua ejus parte, vel de tali, aut tali re, id non tollit quominus ſit propria, & vera inſtitutio vniuerſalis, & inſtitutus fiat propriè hæres, atque vniuerſalis ſucceſſor, vt eſt indubitatum.

332 Hinc fit, vt quando legitimatio eſt tantùm diſpenſatio, ſtrictè ſit interpretanda, quia diſpenſatio eſt ſtricti juris, ita ut non plus valeat, quàm verba ſtrictè intellecta ſonant; *cap.* 1. *§. Ille verò, de filijs præsbyt. in* 6. Sanch. latiſsimè id declarans *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 1 *num.* 3. *& multis ſeqq.* Unde nihil operatur vltra effectum, ad quem expreſsè conceditur. Quando autem eſt vera legitimatio amplè intelligenda eſt, cùm perſonam generaliter habilitet, faciendo eam abſolutè legitimam, & capacem omnium, quæ legitimis competunt, ijs tantùm exceptis, quæ tacitè, vel expreſsè excipiuntur. Ita Couar. *d. §.* 8. *num.* 2. *ante med.* & Molin. *dict. diſp.* 173. paulò poſt princip. *verſ. Illud antequam.*

§. 10. *De legitimatis per ſubſequens matrimonium.*

SUMMARIUM.

Legitimatus per ſequens matrimonium euadit perfectè legitimus, nec minùs tenetur pater illum inſtituere hæredem, quàm ſi conſtante matrimonio natus eſſet; *num.* 333.

Quæ conditiones requirantur, vt prædicta legitimatio locum habeat? numer. 334.

Conditiones, quæ ſolùm de jure Ciuili requiruntur ad legitimationem per ſubſequens matrimonium, non ſunt hodiè neceſſariæ, etiam in foro ſæculari, ſed tantùm, quæ poſtulantur de jure Canonico; *num.* 335.

Vtrum ad legitimationem per ſequens matrimonium requiratur, quòd filius legitimandus conſentiat, vel non ſit invitus? num 336.

Vtrum etiam per ſequens matrimonium clandeſtinum, ſi validè contractum ſit, proles legitimetur? num. 337.

Vtrum per matrimonium celebratum tempore mortis proles antea ſuſcepta legitimetur? num. 338.

Legitimati per ſequens matrimonium habent plenum jus ad ſuccedendum parentibus, etiam exiſtentibus alijs filijs legitimis conſtante matrimonio natis; *num.* 339.

Legitimatus per ſequens matrimonium præfertur cæteris omnibus filijs ex ipſo matrimonio, vel alio poſteriore genitis, in ſucceſsione maioratûs, & ſimilium bonorum, quæ maioribus natu deferuntur; *num* 340. *Id verò intellige, niſi alteri filio juniori jam quæſitum eſſet jus ad talia bona*; *& quando id poterit contingere? num* 341.

Per ſubſequens matrimonium legitimantur reſpectu contrahentium omnes, eorum

Barthol. *in l. vltim. ad fin. ff. de Concubin.* & pleriquc alij, quos citat & ſequitur Mantica *d. num. 5.* & Caldas *de Nominat. q. 21. num. 74.* Et præterea, quòd poſtea matrimonium cum ea celebretur confectis inſtrumentis dotalibus, vel ſaltem nuptialibus, juxta tex. *in d. Auth. Quibus mod. natural. effic. ſui, cap. 2. §. Siquis igitur dotalia, & in d. §. vltim. Inſt. de Nupt.* quæ etiam eſt communis ſententia, quam ſequuntur, & latè explicant Mantica, & Cald. *loc. cit.* Item juxta aliquos requiritur quòd mulier talis eſſet conditionis, vt honeſtè poſſet duci in vxorem, vt apud eundem Caldas videre licet.

335 Vnde non immeritò dubitari ſolet, an deficientibus his conditionibus juris Ciuilis, vel aliqua earum, ſatis ſit interuenire tantùm dictam conditionem juris Canonici, ad hoc vt filij per ſequens matrimonium euadant perfectè legitimati, etiam quoad ſucceſsiones, & reliqua temporalia in terris non ſubjectis temporali dominio Eccleſiæ, vbi jus Cæſareum ſeruatur. Qua in re partem negatiuam, ſaltem vt veriorem, nonnulli Iuriſtæ amplectuntur; eoquod in temporalibus juri Ciuili ſtandum ſit, non verò juri Canonico, cui temporalia extra terras Eccleſiæ non ſubduntur. Ita ſentiunt Cynus *in l. Et ſi contra, Cod. de Nupt.* Bald. *in l. Neque, Cod. de Nupt.* Angel. Alex. Ruin. Curtius jun. Socin. jun. Alciat. & alij, quos refert Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 11. tit. 12. num. 6.* At contrarium tenendum eſt, cum communiſsima, & longè veriori ſententia; quia in jis, quæ ſpectant ad matrimonium, & ejus acceſſoria, ſtandum omnino eſt juri Canonico, cui nulla ratione poteſt denegari, efficere potuiſſe vt vis matrimonij retrotraheretur, ipſius juris fictione, ad tempus conceptionis illorum filiorum, & ſic efficere, vt perinde euaderent legitimi, ac ſi conſtante jam ipſo matrimonio concepti eſſent, interueniente tantùm dicta conditione ejuſdem juris Canonici. Ex quo planè conſequitur, talem legitimationem eſſe pleniſsimam, & vbique gentium habere locum etiam quoad temporalia; cùm per illam retrotractionem matrimonij filius cenſeatur natus ex ipſo matrimonio, & ſic tam legitimus quoad omnia, quàm qui verè legitimi naſcuntur. Et ita hanc ſententiam tenent Couar. *Epit. in 4. lib. Decret. p. 2. q. 8. §. 2. num. 8.* Caldas *d. q. 21. de Nominat. num. 81.* Peregr. *Fideicommiſſ. art. 24. num. 53. & ſeqq.* Manric. *d. tit. 12. num. 8.* Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 172. verſ. Per ſubſequens matrimonium,* affirmans eſſe in praxi receptam, etiam in foro ſæculari, ac legibus Luſitaniæ, & Caſtellæ approbatam, Sanch. *lib. 3. de Matrimon. diſp. 43. num. 2. ante med.* & alij permulti, quos referunt.

Dubitant præterea Doctores, an præ- 336
dicta legitimatio locum habeat, etiamſi filius, de quo legitimando agitur, ſit inuitus, vel non conſentiat? Negant multi, quos citat, & ſequitur Peregrinus *de Fideicommiſſ. art. 24. num. 57.* per text. *in §. Generaliter, Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui,* vbi quocumque modo filius legitimandus ſit, etiam per ſubſequens matrimonium, quod ibi ſignificatur per celebrationem inſtrumentorum dotalium, conſenſus ipſius filij poſtulatur, idque ea ratione, quæ ibidem exprimitur, his verbis, *Nam ſi ſoluere jus patriæ poteſtatis inuitis filijs permiſſum non eſt patribus, multò magis ſub poteſtate redigere filium inuitum, & nolentem.* Addit verò idem Peregrin. *num. 58.* ſatis eſſe conſenſum filij per ſubſequentem ratificationem; & quidem ſufficere tacitum ejus conſenſum in eodem text. exprimitur. At nullum filij conſenſum neceſſarium eſſe de jure Canonico, cui in vtroque foro in præſenti materia ſtandum eſt, vt ſupra ſtatuimus, docet meritò Couar. *in Epit. ad 4. lib. Decret. cap. 8. §. 2. num. 13.* & Molin. *d. diſp. 172. verſ. Vt naturales filij,* quia *in d. cap. Tanta, Qui filij ſint legitimi,* tribuitur jus efficiendi hanc legitimationem ipſi matrimonio ſubſequenti, ita vt non minùs efficiat legitimos filios antea natos, quàm qui conſtante jam ipſo matrimonio naſcuntur: vnde

ſicut

ſicut iſtorum legitimatio ſit independenter ab illorum conſenſu, ex ſola virtute matrimonij, ita etiam & illorum: non enim oportuit, nec decuit, vt jus & effectus matrimonij à filiorum voluntate dependeret.

337 Quæſtionis etiam non leuis eſt, an dicta vis legitimandi prolem antea genitam, competat etiam matrimonio clandeſtino, validè tamen contracto? Negat Menoch. *de Præſumpt. lib.* 3. *præſumpt.* 1. *num.* 100. vbi pro eadem ſententia refert Boer. & Cephal. idem etiam tenent alij apud Manticam, & Sanch. ſtatim citandos. Mouentur argum. text. *in cap. fin. §. Siquis verò, de Clandeſt. deſponſ.* vbi in odium clandeſtinitatis ſtatuitur, non fieri legitimam prolem habitam ex matrimonio clandeſtino putatiuo, quamuis ejus nullitas lateret parentes; quod ſatis foret, ſi tale matrimonium clandeſtinum non eſſet, vt per text. *in cap. Ex tenore, Qui filij ſint legitimi.* Facit etiā pro hac parte jus Ciuile, dum ad legitimationem per ſequens matrimonium poſtulat, vt illud celebretur confectis dotalibus, vel nuptialibus inſtrumentis, vt ſupra vidimus, & ſic quòd non ſit clandeſtinum. Contrarium tamen tenent meritò relatis alijs Mantic. *ae Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 12. *num.* 13. & Sanch. *d. diſp.* 43. *num.* 2. quia *in d. cap. Tanta, Qui filij ſint legitimi*, vniuerſaliter decernitur, filios naturales legitimari per ſequens matrimonium: & nullus reperitur textus, vbi id limitetur, vt non procedat in clandeſtino: juris autem correctio, vel limitatio, admittenda non eſt, vbi non apparet aliud jus contrarium, vel ſaltem aliqua cogens ratio; quæ certè in præſenti non datur. Et quidem argumentum in contrarium ex text. *in d. § Siquis verò*, minimè cogit, cùm ibi agatur de matrimonio irrito, quod neque de ſe, neque ex juris priuilegio habet legitimare prolem, niſi tantùm ob bonam fidem contrahentium, quę in clandeſtino ceſſat: in noſtro autem caſu matrimonium eſt ualidum, & vt ſic habet eam virtutem, de qua *in d. cap. Tanta*, dicitur eſſe tantam, vt prolem naturalem antea ſuſceptam legitimam efficiat. Quòd verò ex jure Ciuili additur, de neceſſitate inſtrumentorum dotalium, jam ſupra *num.* 335. excluſum eſt. Quare hanc ſententiam omnino tenendam eſſe firmiter aſſeuerat Sanch. *cit.* nihil obſtante, quod multi & graues DD. contrariam ſequantur; quia vt dicitur *in l.* 1. *§. Sed neque, Cod. de Vetere jure enuclean.* non ex multitudine Authorum, ſed quod melius, & æquius eſt judicari debet.

Dubitari etiam ſolet, vtrùm matrimonium celebratum tempore mortis dictam vim habeat legitimandi ſobolem naturalem antea habitam? At citra dubium pars affirmatiua tenenda eſt, pro qua innumeros DD. cos ſequens adducit Sanch. *lib.* 4. *de Matrimon. diſp.* 105. *num.* 5. contra Bald. qui ſingulariter contrarium docuit *in l. Eam quam, num.* 27. *Cod. de Fideicommiſſ.* Efficax, & concludens ratio ſumitur ex generalitate *d. cap. Tanta*, vbi ſine vlla limitatione ea vis matrimonio tribuitur. Vnde idem Baldus *in l. Nuper, ſtatim, in principio, Cod. de Natural. liber.* ſibi parum conſtans rectè adnotauit, non cohærere, quòd matrimonium ſit validum, & non efficiat prolem naturalem antea habitam legitimam. Quòd ſi opponas *in d. l. Nuper*, declarari matrimonium habere vim legitimandæ prolis; quando ſpe ſobolis initur; quæ ſpes in noſtro caſu non datur. Reſpondent communiter DD. teſte Sanch. *ſup.* illud matrimonium dici initum ſpe prolis, eoquòd ineatur ad ſuſcipiendam prolem legitimam ratione matrimonij, quę antea ſuſcepta fuerat illegitima. Et quod dicimus de matrimonio tempore mortis inito, pari modo procedit, & intelligendum eſt de matrimonio inito à ſene decrepito cum concubina; cùm eadem de illo ſit ratio, vt optimè aduertit latè id declarans Couar. *Epiſt. in* 4. *lib. Decret.* 2. *p. cap.* 8. *§.* 2. *num.* 11. *&* 12. & tradit etiam relatis alijs Molina *d. diſp.* 172. *verſ. Dubium præterea*, & Sanch. *d. diſp.* 105. *num* 7. Id verò intellige, dummodò talis ſenex præ ætate non ſit coeundi potentiâ deſtitutus, vt Sanch. aduertit, quod 338

tunc

tunc validum matrimonium inire nequeat, ob impedimentum impotentiæ cant.

339 Redeundo autem ad effectum dictæ legitimationis per matrimonium ſequẽs, ex quo legitimati, tam quoad ſucceſsiones, quàm quoad alia, nihil à legitimis differunt, vt dictum eſt; notandum principaliter eſt, taliter legitimatos non ſolũ habere plenum jus legitimorum ad ſuccedendum parentibus, quando non extiterint alij eorum deſcendentes legitimi, qui conſtante jam matrimonio nati ſint, ſed etiam illis exiſtentibus, vt optimè aduertit Molin. *d. diſp.* 172. *verſ. Denique legitimi*, & conſtat facilè, tum ex ſupra dictis, quæ oſtendunt hanc legitimationem eſſe pleniſsimam, & fauorabiliſsimã, atque adeo nullatenus reſtringendam; tum ex text. qui videtur expreſſus, *in l. Cum quis, §. vltim. Cod. de Natural. liber.* ibi; *Omnes liberos* (ſcilicet tam ante, quàm poſt matrimonium genitos) *vna eâdemque lance trutinari, & omnes filios ſuos in poteſtate ſuis exiſtere parentibus, vt nec prior, nec junior, vllo habeatur diſcrimine, ſed qui ex iiſdem matrimonijs* (ſeu vt aliàs legitur, *ex iiſdem maioribus*) *procreati ſunt, ſimili perfruantur fortuna.* Vnde vtroſque oportet inſtitui hæredes in teſtamento paterno, & quilibet eorum pari jure poteſt dicere illud nullũ, ſi in eo ſit pręteritus.

340 Quo etiam fit, vt is, qui per ſequens matrimonium legitimatus eſt, cæteris omnibus ex ipſo matrimonio, vel alio poſteriore genitis præferatur in ſucceſsione maioratûs, & ſimilium bonorum, quę maioribus natu deferuntur, idque licèt talia bona relicta ſint cum clauſula, quòd ſoli legitimi, vel ex legitimo matrimonio nati in eis ſuccedant: cùm taliter legitimati omnino fiant legitimi, & ſic cum verè legitimis, & ex legitimo matrimonio natis computentur. Sic Iul. Clar. *§ Feudum, verſ. vltim* Couar. *d. §.* 2. *num.* 25. *&* 30. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 24. *num.* 6. Molin. Iuriſta *lib.* 3. *de Primogen. cap.* 1. *num.* 10. Molin. Theolog. *d. diſp.* 172. *verſ. Licet alij*, & cæteri DD. communiter, licèt nonnulli contradicant.

Aduerte autem, hanc præferentiam legitimati maioris natu in ſucceſsione prædictorum bonorum, non habere locum quando alteri filio juniori jam eſſet acquiſitum jus ad illa, antequam ille maior natu legitimaretur; vt continget, quando illo nato ex concubina pater ejus duceret aliam vxorem, ex qua filios ſuſciperet, & poſtea mortua illa vxore, matrimonium cum ipſa concubina contraheret; nam licèt per hujuſmodi etiam matrimonium filij naturales antea ſuſcepti ex concubina legitimi euadant, vt bene contra aliquos docent Couar. *d. §.* 2. *num.* 15. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 60. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 24. *num.* 60. Mol. Theol. *d. diſp.* 172. *verſ. Meritò autem*, eſtque communis ſententia; tamen cùm hæc legitimatio fiat poſtquam filij juniores ex primo matrimonio ſuſcepti jus acquiſiuerunt ad illa bona pro ſolis legitimis relicta, æquum non eſt, vt eo jure priuentur per filios, qui per poſterius matrimonium legitimantur, licèt maiores natu ſint. Nam hìc habet locum illa regula; *Qui prior eſt tempore* (ſcilicet in jure ſibi acquirendo) *potior eſt jure.* Ac præterea, quia contrarium cederet in fraudem primæ vxoris, quæ tali viro non nuberet, ſi ſciret ejus maioratum non eſſe deuenturum ad filios ex ipſa genitos. Et ita cum communi docent Molin. Iuriſta *d. cap.* 1. *num.* 7. Anton. Gom. *loc. citat. num.* 63. *&* 64. & Mol. Theol. *vbi ſup.* 341

Notandum prætereà, quòd ſi filius naturalis jam ſit mortuus, quando ejus pater matrimonium contrahit cum concubina, ex qua illum habuit, licèt talis filius non legitimetur, juxta communem ſententiam, quam optimè probat Couar. ſtatim citan: tamen ſi filios legitimos reliquit, tales filij per illud matrimonium euadunt legitimati reſpectu aui, vt relatis alijs docent Couar. *d. §.* 2. *num.* 19. Molin. Iuriſta *d. cap.* 1. *num.* 9. Anton. Gom. *ad l.* 9. *Tauri, num.* 61. *&* 62. & Molin. Theol. *d. diſp.* 172. *verſ. Dubium eſt*, licèt non pauci refragentur, quos citat 342

citat eos ſequens Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 24. *num.* 6. Probatur, quia matrimonium ſubſequens ipſo jure legitimat omnes deſcendentes naturales ex ijſdem parentibus ante tale matrimonium genitos. Nam ſi Princeps poteſt per reſcriptum legitimare immediatè nepotem reſpectu aui, patre antea defuncto, vt nemo negat, cùm id ex ſolo jure poſitiuo, & Principis voluntate pendeat, ſanè ad id etiam extendi debet legitimatio per matrimonium ſequens; cùm ſit fauorabiliſsima, & ad omnes effectus pleniſsimæ legitimationis extendenda, vt *ſupra* notauimus; id quod mihi etiam probat *d.l. Cū quis, §.vltim Cod.de Natural. liber.* vbi habetur omnes liberos, (ideſt deſcendentes) indiſcriminatim per hujuſmodi matrimonium ſequens legitimari.

343 Quæres vtrùm etiam filij naturales putatiui, verè autem ſpurij, eoquod geniti ſint ex parentibus ignorantibus habere inter ſe impedimentum dirimens matrimonium, cùm tamen illud haberent, legitimentur per matrimonium poſtea cū diſpenſatione in illo impedimento ab ipſis parentibus contractum? Pro affirmatiua parte, multos, graueſque Doctores allegat Couar. *in Epit. in* 4. *lib. Decret. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 2. *ſub numer.* 16. At ipſe meritò tenet contrarium cum alijs, quos refert, *num.* 17. cumque ſequuntur Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 34. *num* 52. Molina Iuriſta *lib.* 3. *de Primogen. cap.* 1. *num.* 11. vbi alios etiam refert, & Molin. Theol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 172. *verſ. Dubium deinde eſt*, quæ ſententia multò probabilior eſt, & mihi penè certa ex ſequenti fundamento; quia legitimatio per ſubſequens matrimonium fit, retrotrahendo juris fictione ipſum matrimonium ad tempus conceptionis, vel natiuitatis filiorum, vt ex dictis conſtat: in præſenti autem non poteſt habere locum illa retrotractio, cùm tempore conceptionis, & natiuitatis ipſorum filiorum habuerint illorum parentes impedimentum dirimens, cum quo, vt validum matrimonium verè ſtare non poterat, ita etiam nec fingi, quòd tunc temporis interuenerit, ſeu quod ex tunc fuerit validè contractum.

Quod ſi opponas, in Bullis Pontificis, 344
quibus conceditur facultas diſponendi in impedimento matrimonij cum ijs, qui explicarunt habuiſſe inter ſe copulam, apponi ſolere illam clauſulam, *Vt non obſtantè impedimento, matrimonium inter ſe contrahere liberè, & licitè valeant authoritate noſtra diſpenſes, prolem ſuſceptam, ſiqua ſit, & ſuſcipiendam, legitimam decernendo*; vbi cùm proles antea ſuſcepta pari modo decernatur legitima, atque ea quæ poſt matrimonium ſuſcipietur; conſequens eſt vt quemadmodum per tale matrimonium plenè legitimatur proles poſt illud ſuſcepta, ita etiam, quæ ante ſuſcepta fuit. Reſpondet bene Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 1. *num.* 16. negando conſequentiam; quòd mens Pontificis non ſit vtramque prolem æquiparari quoad omnia, ſed tantùm quoad hoc, vt vtraque legitimetur, at diuerſo modo; quia ſuſcipienda legitimatur ob verum matrimonium, ex quo naſcitur, & ſic quoad omnia: at verò ſuſcepta legitimatur ex vi ſolius illius diſpenſationis; atque adeo ſolùm ad ſpiritualia, ad quæ tantummodo poteſtas Pontificia per ſe loquendo extenditur, vt *ſupra, num* 329. cum eodem Sanch. & alijs diximus, eſtque communis ſententia. Imò & in ipſis locis temporali dominio Eccleſiæ ſubjectis, vbi Pontifex etiam quoad ciuilia legitimare poteſt, credit idem Sanch. *ſupra, num.* 14. quod virtute illius clauſulæ non intendit Pontifex, vt dicta proles ante matrimonium ſuſcepta legitimetur quoad ciuilia; quia illa clauſula communis eſt omnibus diſpenſationibus vbique gentium, & non debet cenſeri diuerſo modo apponi erga quoſdam, atque erga alios: neque Pontifex cenſetur tunc diſpenſare, & legitimare vt dominus temporalis illorum locorum, ſed vt paſtor totius Eccleſiæ. Accedit tandem quòd illa clauſula apponitur in omnibus diſpenſationibus, quę petuntur ab ijs, qui explicant ſe habuiſſe copulam, ſiue eam habuerint ignorando, ſiue ſciendo ſe habere im-

impedimentum; imò ordinariè intelligitur ſcientiam de illo habuiſſe, quando cõtrarium non declarant. Unde ſi ſenſus dictæ clauſulæ eſſet, vt proles, quæ ex illa copula nata eſt, decerneretur legitima quoad omnia, ſequuto poſtea matrimonio, non tantùm filij putatiuè naturales, ſed etiam indubitanter ſpurij antea ſuſcepti per ſequens matrimonium planè legitimarentur, quemadmodum verè naturales; quod eſt inauditum, & contra omnia jura ſuperiùs adducta, quæ tantummodo admittunt filios naturales per ſequens matrimonium legitimari.

345 Illud tamen admittendum, ſi filius ſit conceptus, aut natus poſt dictam diſpenſationem jam à delegato expeditam, talem filium omnino legitimari per ſequẽs matrimonium: quia cùm per eam diſpenſationem ſublatum fuerit impedimentũ, & parentes redditi ſint habiles ad matrimonium inter ſe contrahendum, filius qui tunc ab eis eſt conceptus, vel natus, verè naturalis eſt, & conſequenter per ſequens matrimonium plenè legitimatur, juxta text. *in d. cap. Tanta, Qui filij ſint legit.* vt ex ſupradictis liquet; & ita relatis alijs docet Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 7. *num.* 19. *& diſput.* 34. *numer.* 47.

Quæres rurſus, vtrum filius verè natu-
346 ralis legitimetur per ſequens matrimonium putatiuum celebratum in facie Eccleſiæ, & bona fide; vt quando parentes poſt illius natiuitatem, vel conceptionem impedimentum ignoranter contraxerunt (vt ſæpe fit) & cum illius ignorantia matrimonium inierunt? Affirmatiuam partem tuetur, relatis alijs Molina Iuriſta *lib.* 3. *de Primogen. cap.* 1. *num.* 11. ea ratione, quia proles ſuſcepta ex matrimonio inualido, ſed tamen celebrato in facie Eccleſię, & cum bona fide, ſaltem ex parte vnius contrahentis, qui impedimentum ignoraſſet, eſt legitima, *cap. Ex tenore, cap. Cum inter, cap. Peruenit, Qui filij ſint legitimi.* Ergo per ſimile etiam matrimonium legitimabitur proles naturalis antea ſuſcepta. Contrarium nihilominus tenet meritò Molin. Theolog. *tom.* 1. *de Juſt. diſp.* 172. *verſ. Mol. in calce*, cum Sarmiento *lib.* 1. *interpr. cap.* 6. Quia quòd ſoboles naturalis legitimetur, per matrimonium ſequens, ſoli matrimonio valido datum eſt: neque priuilegium cõceſſum matrimonio reipſà inualido, vt filij ex eo geniti cum bona fide, & abſque peccato, ſaltem ex parte vnius parentis, ſint legitimi, intelligi debet extenſum ad vllos filios cum peccato mortali vtriuſque parentis antea genitos, vt optimè notauit Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 24. *num.* 52. cùm priuilegia ad caſus diuerſæ rationis extendi non debeant, nec poſsint, vt eſt notiſsimum.

§. 11. *De legitimatis per diſpenſationem in radice matrimonij.*

SUMMARIUM.

Legitimati per diſpenſationem in radice matrimonij, ex quo propter ejus nullitatem illegitimi nati ſunt, redduntur perfectè legitimi, & perinde ſunt ſucceſsibiles reſpectu parentum, acſi ex legitimo matrimonio nati eſſent; num. 347.

Summus Pontifex poteſt ad prædictum effectum diſpenſare in radice matrimonij, num. 348. *Vt autem licitè diſpenſet juſta cauſa requiritur; n.* 349.

Si pater legitimandi dictam diſpenſationem petiuit, aut peti juſsit, facilè poteſt à Pontifice concedi, non obſtante præjudicio, quod filijs legitimè natis ſequetur, taliter legitimato ſimul cum eis ſuccedente; num. 350. *Quid, ſi parentes jam erant demortui, quando dicta diſpenſatio petita fuit: præſertim ſi dum viuerent, eam non petierunt, nec peti mandarunt? num.* 351. *& ſeq.*

Legitimatio per diſpenſationem in radice matrimonij, ſolùm habet locum quando matrimonium fuit irritum ob aliquod impedimentum de jure humano. Atque à ſolo Papa concedi poteſt; n. 352.

Digitized by Google

347 Secunda concluſio: legitimati per diſpenſationem Pontificiam in radice matrimonij, ex quo propter ejus nullitatem, ratione alicujus impedimenti Eccleſiaſtici, illegitimi nati ſunt, perfectè redduntur legitimi, non ſolùm quoad ſpiritualia, ſed etiam quoad temporalia, & ciuilia; atque adeo vt poſsint ſuccedere in hæreditate parentum, debeantque ab eis hæredes inſtitui in ſuis teſtamentis, perinde acſi ex legitimo matrimonio nati eſſent. In hac concluſione conueniunt DD. omnes, apud quos tota difficultas eſt, an Summus Pontifex diſpenſare poſsit in radice illius matrimonij? Tali enim poteſtate admiſſa, nemo negat quòd ita diſpenſati perinde euadant legitimi quoad omnia, acſi ex legitimo matrimonio procreati eſſent, & conſequenter quod tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento ſuccedant parentibus, poſsintque dicere nullum eorum teſtamentum, ſi in eo prætereantur, aut non legitimè exhæredentur.

348 Quod autem Summus Pontifex illam poteſtatem habeat, tenent penè omnes, vt videre eſt apud Sanch. qui innumeros pro hac ſententia refert eos ſequens *lib. 8. de Matrim. diſp. 7. num. 4.* & probabatur facilè, quia radix, ex qua prouenit, vt filius in ſpecie, de qua loquimur, euaderet illegitimus, & propterea incurreret damna, & inhabilitates illegitimorum, tam jure Canonico, quàm Ciuili inductas, eſt lex Pontificia, qua ſtatutum fuit, vt matrimonium ex quo ille filius natus eſt, validum non eſſet, ratione defectus ſeu impedimenti cum quo celebratum eſt. Pontifex autem poteſt legem ſuam reuocare quoad omnes effectus jure humano ex illa prouenientes, non ſolùm quoad futuros, efficiendo vt non ſequantur, ſed etiam quoad jam ſequutos, abolendo illos, acſi ea lex condita non fuiſſet, vt conſtat *ex Clementina vnica de Immunitate Eccleſiarum*, ibi; *Quidquid ex eis*, (ſcilicet Conſtitutionibus) *ſequutum eſt, vel ob eas, penitus reuocamus, & eas haberi volumus pro infectis.* Unde colligitur tantam eſſe Summi Pontificis poteſtatem circa ea, quæ ſunt juris poſitiui, vt poſsit ea reuocare, prout ex tunc præteriti temporis, quo conſtituta ſunt, & ſic omnes præteritos effectus abolere, acſi nunquam extitiſſent. Quare diſpenſante Pontifice in radice dicti matrimonij, irritando prout ex tunc impedimentum Eccleſiaſticum, ex quo matrimonium fuit irritum, efficitur vt diſpenſatio retrotrahatur, ipſumque matrimonium cenſeatur validè celebratum, & ſic filius ex eo genitus euadat legitimus quoad omnia, perinde acſi ex legitimo matrimonio natus eſſet. Deſtructâ enim prout ex tunc lege Eccleſiaſtica, cujus valori illegitimitas & cætera damna, tanquam fundamẽto innitebantur, omnia illa conſequenter corruunt. Vndè non obſtat, quòd aliqui objiciunt, Pontificem extra loca ſuæ juriſdictionis temporalis non poſſe diſpenſare in jure Ciuili quo illegitimè nati redduntur inhabiles ad ſucceſsiones, & alia commoda temporalia. Nam per hoc, ſolùm concluditur, quòd non poſsit tollere directè illas inhabilitates; non autem quòd non poſsit indirectè, tollendo earum fundamentum, quando illud eſt de jure Canonico, vt in præſenti.

Cæterùm cùm hæc legitimatio fiat à 349
Pontifice per diſpenſationem in lege Canonica, eâque magni momenti, neceſſaria eſt juſta cauſa, non quidem vt fiat validè, cùm in propria lege quilibet Legiſlator ſola ſua voluntate validè diſpenſare poſsit, quemadmodum & illam omnino tollere, ſi velit; ſed vt fiat licitè, quia diſpenſare in propria lege cum certa aliqua perſona, vel perſonis, abſque cauſa juſta, eſt planè contra rationem boni communis, cujus intuitu lex fuit lata, & continet etiam vitiũ acceptionis perſonarũ; quod à culpa excuſari non poteſt. Et quidem Sanch. *d. diſp. 7. n. 5.* cũ Nauarro affirmat, grauem culpam fore, ſi Pontifex abſq; legitima cauſa hanc diſpenſationem concederet: eò tamen id refert, quia talis diſpẽnſatio cedit in graue damnũ eorũ, qui ſucceſſuri eſſent in hæreditatem, ſi proles non legitimaretur.

At ſi pater illius prolis eam diſpenſati- 350

ſationem petiuit, aut peti juſsit, credo illud aliorum ſucceſſorum damnum non eſſe conſiderabile, non ſolùm quando illi ſolùm fuerint collaterales, quibus talis pater nihil relinquere tenebatur, ſed etiam licèt ſint ejus filij, vel deſcendentes legitimi, quibus legitima debetur; quia per hanc diſpenſationem non priuantur ſimpliciter alij filij legitimâ ſibi debitâ, ſed ſolùm erit minor, adueniente poſtea illa prole legitima effecta ad petitionem ejuſdem parentis; qua in re, nulla eis fit injuria: nam ſicut nullum jus habent, vt pater abſtineat à procreatione nouæ prolis ex ſecundis nuptijs, ne illorum legitima diminuatur; ita etiam illud non habent, vt abſtineat ab impetranda illa diſpenſatione, ex qua ejus proles legitima augeatur; etiamſi per hoc illorum legitima diminuenda ſit. Eadem enim vtrobique eſt ratio, & ſemper jus quod filij habent, ne eorum legitima diminuatur; intelligitur ſub conditione, niſi augeatur proles legitima ejuſdem parentis. Si autem pater illam diſpenſationem non petijt, nec peti juſsit, maior poteſt eſſe difficultas: at tunc etiam credo idem fore dicendum, quia cùm pater illam prolem ſuſceperit ex figura matrimonij (quæ multum operatur, *l. 3. ff. de Donat. int. vir. & vx. cap. Plerunque, eod. tit. cap. Nuper de Bigam.*) debet intelligi voluiſſe, quantum in ſe erat, vt eſſet legitima, atque vt talis ſibi ſuccederet: & ita diſpenſatio, perquam à Pontifice legitimaretur, pręſumptam ſaltem voluntatem ipſius patris pro ſe haberet; quę voluntas præſumpta idem in præſenti operari poteſt, aeſi eſſet expreſſa.

351 Quod ſi parentes illius prolis jam ſint demortui, quando dicta legitimatio, & diſpenſatio petitur; etiam tunc à Pontifice concedi poteſt; quia hæc legitimatio ſolùm fundatur in reuocatione prout ex tunc legis Eccleſiaſticæ, per quam irritũ fuit matrimonium; ex quo illa proles genita eſt, vt ex dictis conſtat: vt autem Pontifex illam reuocationem efficere poſsit, & ſic diſpenſare in radice matrimonij, vt proles legitimetur, nihil refert quòd parentes adhuc viuant, vel jam obierint. Et ita docent Ancharan. *conſil. 409. num. 6.* Angel. *verb. Papa, n. 4.* Sylu. *eod. verb. fine,* Nauar. *lib. 4. conſil. in 1. edit. tit. de Sponſal. conſil. 3. num. pen. & in 2. edit. tit. Qui filij ſint legitimi, conſil. 2. à num. 10.* Molina Iuriſta *lib. 3. de Primogen. cap. 2. num. 12. fine.* Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 24. fine,* Sayrus *in Theſauro caſuum conſc. tom. 1. lib. 6. cap. 11. n. 6.* & alijs etiam relatis, Sanch. *lib. 8. de Matrim. diſp. 7. num. 6.* Grauis autem difficultas eſt, an id habeat locum, quando ceſſerit in præjudicium tertij, eo quòd legitimata prole illorum parentum, auferenda ſit ex toto, vel ex parte eorum hæreditas agnatis, vel alijs filijs, qui jam in ea ſucceſſerant, & poſſeſsionẽ ejus apprehẽderant? Angel. & Sylu. *loc. citat.* tenent, non poſſe Pontificem dictam legitimationem facere cum illorum præjudicio, quod non videatur poſſe retrofingi matrimonium, poſtquam eſt diſſolutũ, & jus alteri quæſitum.

Contrarium tamen tenendum eſt; nam vel parens, cui ſuccedendum eſt, dum adhuc viueret dictam diſpenſationem petijt, aut peti juſsit, & tunc illa voluntas parentis optantis legitimam prolem ſibi dari, vel augeri, efficit, vt non ſit conſiderabile illud præjudicium agnatorum, vel aliorum filiorum, etiamſi jam hæreditatem adijſſent, & poſsediſſent, vt ſatis conuincitur ex dictis *num. præced.* Atque ita pro hac parte ſtat doctrina Bartholi, & aliorum, *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, ad fin. ff. de Liber. & poſth.* tenentque cum alijs Peregrin. & Sanch. *loc. cit.* Vel parens de tali diſpenſatione nõ egit, & tunc licèt res ſit magis dubia, idque neget Iacob de Puteo, *deciſ. 483. num. 2. lib. 2.* melius tamen idem concedunt Ancharan. Peregrin. & Sanch. *vbi ſup.* quia cũ lex Eccleſiaſtica, ex qua matrimoniũ fuit irritum, cauſam dederit, vt hæreditas alijs deferretur, nihil obſtat quominus Pontifex poſsit jus quæſitum illis auferre reuocãdo eam legem, prout ex tũc quoad effectus jam ſequutos: tacitè namque ea conditio inerat, quando hęreditas illis 352

delata eſt, vt ſcilicet eam haberent, niſi Pontifex illam legem reuocaſſet, & prolem legitimam efficeret. Accedit, quòd etiam in hoc caſu interuenit præſumpta voluntas ipſius parentis, vt *ſup. num.* 360. conſiderauimus. Credit autem Sanch. *proximè citat.* mentem Pontificis non eſſe, juri quæſito aliorum derogare, niſi ex certa ſcientia illam diſpenſationem concedat; quia in dubio reſcripta & gratiæ omnes à Papa, vel Principe conceſſę intelliguntur ſine præjudicio tertij, *l.* 2. *§. Siquis à Principe, ff. Nequid in loco publico, cap. Ex tuarum, de Authoritate, & vſu pallij.* Salic. *in l. Generaliter, § Cum autem, num.* 7. *Cod. de Inſtit. & ſubſtit.* Riminal. *conſil.* 46. *num* 32. *lib.* 1. Alciat. *reg.* 3. *præſumpt.* 77. *per tot.* & Valaſc. *conſult.* 164. *num.* 14.

353 Ex dictis colliges, dictam legitimationem ſolùm habere locum quando proles habita fuit ex matrimonio irrito propter impedimentum lege humana inductum: ſiquidem hæc legitimatio non fit, niſi per diſpenſationem in lege, quę fuit cauſa & radix, vt matrimonium eſſet irritum, vt declaratum eſt: quando autem matrimonium ex alio capite fuit nullum, non habet radicem, in qua Pontifex diſpenſare valeat; vt ſi fuit irritum ob impedimentū de jure Diuino naturali, vel ob defectum conſenſûs in vtroque, vel in altero contrahente, & à fortiori ſi nec fictus conſenſus interuenit, vt quando proles genita eſt abſque vlla præuia matrimonij figura. In his enim euentibus, cùm non detur radix irriti matrimonij, in qua Pontifex diſpenſare valeat, planum eſt non poſſe dictam legitimationem ab eo fieri. Sic relatis multis Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 7. *num.* 7. *& ſeqq.* eſtque res indubitata: pro qua etiam videri poteſt Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 24. *num.* 76. *& ſeq.* Colliges etiam, hanc legitimationem non poſſe fieri per Principem ſæcularem; cùm hodie nulla ſint impedimenta matrimonij dirimentia de jure humano, niſi ex lege Eccleſiaſtica, in qua ſolus Papa diſpenſare poteſt. Ita idem Sanch. & alij, quos refert, *num.* 11. Quando autem Pontifex cenſeatur dictam legitimationem facere diſpenſando in radice matrimonij, non eſt hujus loci diſputare. Videatur Sanch. *d. diſp.* 7. *à numer.* 14.

§. 12. *De legitimatis per reſcriptum Principis.*

SVMMARIVM.

Legitimatus ſimpliciter per reſcriptū ſui Regis, ſeu Principis ſæcularis, euadit legitimus quoad ſucceſſiones tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato, & quoad cætera commoda temporalia: ita ut perinde poſſit dicere nullum teſtamentum parentum, ſi in eo prætereatur, & agere querelâ de inofficioſo, atque alij filij legitimi; numer. 354.

Legitimare directè per reſcriptum ad ciuilia, ſeu temporalia, ſolùm ſpectat ad Principem ſæcularem; num. 355.

Princeps ſæcularis poteſt legitimare ſubditum etiam in alieno territorio exiſtentem, ſi ibi non ſit aliquis neceſſariò citandus. Et valet ea legitimatio etiam quoad bona intra territorium alterius Principis exiſtentia; ibid.

Si Princeps non legitimet vniuerſaliter, ſed ſolùm habilitet ad aliqua, vt dicendo; Legitimum eum facio, vt poſſit ſuccedere in bonis patris ſui, & aliarum perſonarum, quæ teſtamento, vel alia ratione illi dederint; *talis legitimatio, eſt tantùm diſpenſatio: & ita ſolet concedi in Luſitania; num.* 356.

Qui ita legitimatur non ſuccedit contra teſtamentum patris, nec poteſt illud dicere nullum: ibid. Si autem legitimetur vniuerſaliter, erit propria legitimatio, licèt addatur aliqua clauſula reſtrictiua, vt quod non poſſit ſuccedere patri, niſi in eo, quod pater illi voluerit relinquere, vel alia ſimilis. Et quid tales

tales clauſulæ operentur? num. 357.

Princeps ſæcularis ſolùm poteſt legitimare quoad ciuilia, & temporalia. Et ſolus Papa legitimare poteſt quoad ſpiritualia, & Eccleſiaſtica; numer. 358. *Id verò non tollit, quominus legitimatio per Principem ſæcularem conceſſa, ſit propria & perfecta, & non tantùm diſpenſatio. Et talis etiam in ſuo genere eſt, quæ à Papa conceditur quoad ſpiritualia; num.* 359.

*Filius reſcripto Principis legitimatus conſtituitur ſub patris poteſtate; numer.*360.

Poſtea inuenies aliud ſummarium.

354 Tertia concluſio: legitimatus per reſcriptum ſui Regis, ſeu Principis ſæcularis, eum ſimpliciter & abſolutè natalibus reſtituentis, euadit ſimpliciter legitimus quoad ſucceſsiones, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato, & quoad cætera commoda temporalia, itaut perinde poſsit dicere nullum teſtamentum parentum, ſi in eo prætereatur, & agere querelâ de inofficioſo, atque alij legitimi. Hæc concluſio ab omnibus admittitur, eamque exprimunt Couar. *in Epit. ad 4. lib. Decretal. p. 2. cap. 8. §. 8. num. 2. in princip.* Gama *deciſ.* 11. *num.* 4. *& deciſ.* 134. *num.* 1. Cabed. 2. *p. deciſ.* 79. *num.* 2. Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num.* 66. & Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp.* 173. *verſ. Legitimatus Principis*; & conſtat ſatis per text. *in Auth. Quib. mod. natural. effician. legit. §. Siquis ſanè, & §. Sit igitur licentia, & in Auth. Quib. mod. natur. effician. ſui, §. Illud tamen, verſ. Sit igitur licentia*; vbi decernitur filios ita legitimatos, nihil à legitimis differre, redditque legitimos patris ſucceſſores. Quia vero in hac concluſione multa tanguntur, vel innuuntur, quæ magnæ ſunt conſiderationis, & vtilitatis, vt ea omnia probè intelligantur, tota concluſio particulatim enucleanda, & explicanda eſt.

355 In primis ergo ponitur illa particula; *per reſcriptũ ſui Regis, ſeu Principis ſæcularis*; quia legitimare directè per reſcriptum ad ciuilia, ſeu temporalia, ſolum ſpectat ad Principem ſæcularem, ut notauimus *num.* 329. eſtque communiſsima DD. ſententia; & cùm ſit actus iuriſdictionis, ſolùm poteſt exerceri in ſubditum ipſius Principis, vt latè probat, & declarat Couar. *d. §.* 8. *num.* 14. Non oportet autem, quod ſubditus legitimandus exiſtat in proprio territorio ipſius Principis: nam etiam exiſtentem in territorio alieno, legitimare poteſt, ſi ibi non ſit aliquis neceſſariò citandus; vel ſi is, quem citari oportebat, ſine citatione legitimationi conſentiat, vt rectè aduertit idem Couar. *num.* 17. quia actus iuriſdictionis voluntariæ (qualis eſt hæc legitimatio) ſi ſtrepitum judicialem non requirit, etiam in alieno territorio exerceri poteſt, *l.* 2. *ff. de Offic. Procõſ.* & ibi omnes, *cap. Nouit de Offic. legati*, & optimè Couar. *lib. 3. Variar. cap. 20. numer.* 8. dicens eſſe omnium, & Sanch. *lib. 3. de Matrim. diſp.* 19. *num.* 8. Addit præterea Couar. *d. §.* 8. *num.* 17. hanc legitimationem proprij ſubditi valere, etiam quoad bona intra territorium alterius Principis exiſtentia; modò præjudicium aliquod non fiat ſubdito alterius Principis; quia hìc principaliter legitimatur perſona, quam res ipſæ ſequuntur quocumque loco exiſtentes. Et ita etiam ſentiunt Roman. Decius, & Ludouic. Gom. quos Couar. ibidem refert, idemque tenet Gama *deciſ.* 307. *num.* 5. & hæc ſententia tenenda eſt, licèt contradicat, relatis alijs, Cabedo 2. *p. deciſ.* 69. *numer.* 19.

Additur: *eum ſimpliciter, & abſolutè natalibus reſtituentis*: quia ſi non reſtituat ſimpliciter, & vniuerſaliter, ſed ſolùm habilitet ad aliqua, vt dicendo; *Legitimum eum facio, & habilito, vt poſsit ſuccedere in bonis patris ſui, & aliarum perſonarum, quæ teſtamento, vel alio modo, illi dederint, & reliquerint; atque vt ab inteſtato ſuccedere poſsit patri ſuo tantummodo* (quæ clauſula apponi ſolet in legitimationibus hujus regni Luſitaniæ,) talis legitimatio, non erit propria, ſed erit tantùm diſpenſatio, 356

quæ non reddit ſubditum legitimum, ſed habilitatum tantummodo ad ea, quæ expreſſè illi conceduntur, vt conſtat ex ſupradictis *num.* 330. *& ſeqq.* & notat in ſpecie cum alijs Cabedo *d. deciſ.* 79. *num.* 3. qui inde infert, taliter legitimatos non ſuccedere contra teſtamentum patris, & conſequenter non poſſe dicere illud nullum, nec vti querela inofficioſi.

357 Item, quando Princeps perſonam ſubditi vniuerſaliter reſtitueret, legitimando illam quoad omnia, at cùm clauſula, *vt non poſsit ſuccedere patri, niſi in eo quod voluerit illi relinquere*, aliaue ſimili, tunc licèt ea legitimatio ſit vera, & propria, vt *ſupra, num.* 331. cum DD. ibidem citatis dictum eſt; attamen ſic legitimatus, non poterit dicere nullum teſtamentum patris, à quo fuerit præteritus, nec illud ſũpere per querelam inofficioſi, vt bene cũ Couar. Gama, & alijs aduertit Molina *d. diſp.* 173. *verſ. Legitimatus Principis*, quia per illam clauſulam permittitur patri, nihil ei relinquere. Succedet autem patri ab inteſtato, ſi pater nihil in contrarium declaret, vt aduertit Cabedo *vbi ſupra, num.* 14. Similiter, licèt vera legitimatio ſit, quæ facta fuerit cum clauſula, *Sine præjudicio legitimorum*, vel, *hæredum legitimorum*, prout communiter apponi ſolet; tamen ſi pater habens filios legitimos eos tantummodo inſtituat, prætetito filio ita legitimato, non poterit is dicere teſtamentum nullum; cùm ei in tali caſu non debeatur legitima, & ſic non teneatur pater eum inſtituere, qua de re latiùs *infra à num.* 386.

358 Subditur: *euadit ſimpliciter legitimus quoad ſucceſsiones, & cætera commoda temporalia.* Quia Princeps ſecularis ſolùm quoad temporalia, ſeu ciuilia, legitimare poteſt, tollendo ſcilicet inhabilitates, & defectus, quibus per leges ciuiles, in quibus tantùm diſpenſare poteſt, illegitimi afficiuntur. Vnde quoad ſpiritualia, & Eccleſiaſtica ſolus Summus Pontifex poteſt legitimare; cùm is tantũ diſpenſare poſsit in legibus Eccleſiaſticis, per quas illegitimi ad ea inhabilitantur. Qua de re, nemo eſt qui dubitet.

Neque hinc ſequitur, legitimatum dicto modo per Principem non eſſe verè, & propriè legitimatum, ſed ſolùm diſpenſatum, vt malè aliqui voluerunt, quos citat Couar. *d.* §. 8. *ſub num.* 4. *verſ. Tertio ex eadem, poſt med. in* 4. *edit.* exiſtimantes eam tantùm veram, & propriam legitimationem eſſe, qua quis efficitur legitimus, tam quoad temporalia, quàm quoad ſpiritualia. Id enim non ſequitur, neque dici poteſt, juxta *Auth. Quibus modis natural. efficiant. legit.* §. *Sit igitur*, vbi legitimati reſcripto Imperatoris, & ſic quoad temporalia tantùm, nihil differre à legitimis dicuntur. Ratio verò eſt, quia licèt legitimatio debeat eſſe totalis, coquod monſtrum reputetur eandem perſonam eſſe partim legitimam, & partim illegitimam, vt aduertit Gama, *deciſ.* 383. *num.* 5. *ex cap. Per Venerabilem*, §. *Præterea, Qui filij ſint legit.* & tenent communiter DD. cum Gloſ. *in cap. Cum inhibitio, verb. Si ambo parentes, de clandeſt. deſponſ.* cum hoc ſtat, quod perſona legitima ſimpliciter quoad ciuilia totaliter efficitur legitima, quanuis non ſit legitimata quoad ſpiritualia, ſeu Eccleſiaſtica. Quia ſicut reſpublica ciuilis, & reſpublica Eccleſiaſtica ſunt diuerſæ, & in ſuo genere totales, ita quicumque ad illas pertinet, ſuſtinet quodam modo duas perſonas diuerſas, & totales, alteram quatenus eſt ciuis, ſeu membrum reipublicæ Ciuilis; alteram, quatenus eſt Chriſtianus, baptiſatus, & vt ſic pertinens ad Eccleſiam, ſeu rempublicam Eccleſiaſticam. Vnde cùm perſona legitimata ſimpliciter à Principe quoad ciuilia; maneat integrè legitimata, quatenùs eſt ciuis, ſit talem legitimationem eſſe totalem, & ſic veram & propriam, non verò diſpenſationem. Et ita ſentiunt communiter DD. traditque latè Couar. *loc. proximè citat.* Atque hinc etiam concluditur, legitimationem, quæ à Summo Pontifice conceditur quoad ſpiritualia tantummodo, dicendam ſimiliter veram & propriam, & non diſpenſationem, vt contra Plumbinũ docet idem Couar. *d.* §. 8. *num.* 4. *verſ. Primum. Romano Pontifice*; cùm hęc etiam legi-

legitimatio ſit totalis, & perfecta in ſuo genere, vt ex dictis patet.

360 Dicitur tandem: *ita vt perinde poſſit dicere nullum teſtamentum*, &c. quia filius, quem Princeps reſcripto ſuo legitimat, conſtituitur ſub poteſtate patris, vt expreſsè decernitur *in Auth. Quib. mod. natur. effician. ſui, §. Illud tamen verſ. Siquis ergo, & verſ. Sit igitur licentia.* Patet autem filios, qui ſunt in poteſtate habere jus dicendi nullum teſtamentum patris, ſi in eo ſint præteriti, quo nihil tritius eſt in Iure, & apud DD. vt ex ſuperioribus conſtat.

SUMMARIUM.

Si petens à Principe legitimationem alicujus filij, vt ſibi in bonis ſuccedat, habeat alios filios legitimos, declarare debet, ſe illos habere: alioqui legitimatio erit ſurreptitia; num. 361.

Id verò intelligitur, niſi Princeps ſufficienter alioqui declaret, quod etiam exiſtentibus legitimis, & non obſtante eorum præjudicio, eam concedit; vt ſi appoſuit clauſulā, De plenitudine poteſtatis, *vel* Ex certa ſcientia; *num.* 362.

Vt Princeps licitè concedat legitimationem cum præjudicio legitimorum, quorum legitima minuetur neceſſaria eſt juſta cauſa: & maior cauſa requiritur ad legitimandum cum præjudicio deſcendentium, quàm aſcendentium; *ibidem.*

Vtrum legitimatio, quam pater illegitimi ſimpliciter impetrauit, reuocata cenſeatur quoad hoc, ne ille poſſit ſuccedere patri, ſi is poſtea habeat filios legitimos, quorum legitima minuetur, ſi ille ſimul ſucceſſerit? num. 363. *& ſeq.*

Quantam bonorum partem poſſit pater relinquere filio per Principem legitimato, quando extant legitimi, cum quibus ex vi legitimationis ſimul poteſt ſuccedere; *num.* 365. *& ſeqq.*

Poſtea inuenies aliud ſummarium.

Præterea verò, non pauca circa præfatam concluſionem ſuperſunt explicanda. Primò igitur nota, ſi petens legitimationem alicujus filij, vt ſibi in bonis ſuccedat, habeat alios filios legitimos, opus eſſe vt Principi declaret, ſe illos habere: alioqui legitimatio pro eo filio obtenta, erit ſubreptitia, & non poterit talis filius ſuccedere patri ſimul cum legitimis, vt bene docent Emman. à Coſta *in §. Et quid ſi tantùm, p.* 2. *num.* 132. Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Item ſi legitimatio*, & cęteri communiter; quia ſecundùm jus commune non conceditur legitimatio per reſcriptum, etiam patre illam petente, niſi deficientibus filijs legitimis, vt conſtat ex *d. Auth. Quibus modis natur. effician. ſui, §. Illud tamen*, ibi; *Siquis ergo filios legitimos non habens*, & infra, *Legitimis, ſicut prædiximus, non exiſtentibus*: & iterum *Qui legitimos nō habent filios*: & paulò infra; *Si verò is, qui ſolummodo naturalium filiorum eſt pater.* Cum enim per legitimationem filius illegitimus conſtituatur ſub poteſtate patris, & conſequenter debeat ſimul inſtitui cū filijs legitimis, eorumque legitimas minuere non præſumitur Princeps voluiſſe eam concedere cum tali legitimorum præjudicio, niſi ei declaratum fuiſſet, eos exiſtere. 361

Id verò intellige, niſi ipſe Princeps ſufficiēter alioqui declarauerit, quod etiam exiſtentibus legitimis, & non obſtante illorum præjudicio, eam legitimationem concedit; nam tunc licèt extent filij legitimi, nec ei fuerit expoſitum, eos exiſtere, legitimatio erit valida; cùm non patiatur defectum ex parte voluntatis concedentis, vt ſupponimus; nec etiam ex parte poteſtatis, quam non deeſſe in Principe ad præjudicandum eo modo filijs legitimis, tradunt relatis alijs Coſta *in d. §. Et quid ſi tantùm, p.* 2. *num.* 95. *& num.* 133. *cum ſeqq.* Gama *deciſ.* 128. *num.* 2. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, numer.* 67. Couar. *in Epit. in lib.* 4. *Decretal p.* 2. *cap.* 8. *§.* 9. *num.* 7. *verſ. Iterum ſi facta mentione*, Molin. Iuriſta *lib.* 3. *de Primo-* 362

mogen. cap. 3. *num.* 2. & 10. & Molina Theol. *tom.* 1. *diſp.* 174. *ſub* 3. *concluſ.* vbi latè hanc reſolutionem probat; & confirmat. Oportet autem interuenire juſtam cauſam, vt talis legitimatio licitè à Principe concedatur; eſſet enim irrationabile tam notabile præjudicium abſq; graui cauſa legitimis filijs inferre: vnde etiam ad legitimandum licitè cum præjudicio aſcendentium, qui legitimâ ipſis alias debitâ priuabuntur, juſta cauſa neceſſaria eſt, licèt minor ad hoc ſufficiat, quàm ad legitimandum cum præjudicio deſcendentium; prout hæc omnia juxta communem DD. bene tradit, & declarat Molina *d. diſp.* 174. *ſub* 2. & 3. *concluſ.* Illud etiam rectè aduertit idem Molin. *verſ. Quamuis vt habet*, quòd quando pater in petitione legitimationis filij non declarauit ſe habere alios filios legitimos, ſi Princeps legitimationem conceſsit, appoſita clauſula, *De plenitudine poteſtatis*, vel, *Ex certa ſcientia*, id ſufficit vt intelligatur, eum voluiſſe illum filium legitimare, etiam extantibus alijs legitimis, & cũ eorum præjudicio, niſi aliquid addiderit, ex quo appareat eis præjudicare noluiſſe. Quia per illas clauſulas intelligitur Princeps velle facere, quantum poteſt; vnde cùm poſsit legitimare non obſtante dicto legitimorum præjudicio, valida, ac minimè ſurreptitia talis legitimatio euadit.

363 Quòd ſi, quando pater legitimationem impetrauit, nondum legitimos filios habebat, poſtea verò illos habuit, dubium eſt, an legitimatio illa validè obtenta abſque mentione legitimorum, & abſque clauſula eam ſupplente, natis poſtea legitimis, reuocata cenſeatur, quoad effectum ſimul cum illis ſuccedendi? Affirmant nonnulli apud Anton. Gom. *ad l.* 9. *Tauri, num.* 68. quorum ſententiam æquiſsimam dicit Molina, magis in eam inclinans, *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 173. *verſ. Controuertunt DD.* eſtque ſancita in regno Caſtellæ per *l.* 12. *Tauri, quæ eſt,* 10. *tit.* 8. *lib.* 5. *nouæ collectionis.* Probatur, quia quando Princeps eam legitimationem conceſsit, non eſt præſumendum voluiſſe præjudicare legitimis filijs naſcituris: nam ſi erga jam natos id non præſumitur, quando illi exiſtunt, vt dictum eſt, neque etiam erga naſcituros præſumi debet; cùm eadem penè de vtriſque ſit ratio. Ergo licèt dicta legitimatio à principio fuerit valida, intelligenda eſt cum ea limitatione, vt legitimatus, exiſtentibus poſtea legitimis, ſimul cum eis non ſuccedat, ne eorum legitimas diminuat. Addit autem Molina non tolli per hoc, quod pater tali legitimato poſsit relinquere bona, de quibus liberè poteſt diſponere, vt in Luſitania tertiam partem bonorum; quia ſi hanc poteſt relinquere extraneis, à fortiori illi filio legitimato, cùm ſit perſona ſimpliciter legitima, cujus legitimatio ſolũ quoad hoc, vt ei non debeatur legitima, reuocata cenſetur.

Contraria nihilominus ſententia, quòd ſcilicet ille legitimatus jus habeat ſuccedendi ſimul cum legitimis poſtea natis, 364 eſt communior, ac longè probabilior. Eam tenent Barthol. & alij, quos Anton. Gom. refert, *loc. ſup. citat.* Sylu. *verb. Filij, q.* 14. Abbas *in cap. Per venerabilem, Qui filij ſint legit.* Alex. *in l. Ex facto, in princip. ff. de Vulgari*, & Cabed. 2. *p. deciſ.* 69. *num.* 15. Ratio eſt primò, quia ſimpliciter legitimatus ad petitionem patris legitimos filios non habentis, nihil differt à legitimis, vt expreſsè habetur *in d. Auth. Quib. mod. natur. effic. ſui, §. Illud tamen, verſ. Sit igitur licentia.* Ergo non minùs debet ſuccedere cum legitimis poſtea natis, quàm ſi ipſe verè legitimus etiam eſſet. Secundò, quia cùm illa legitimatio fuerit valida, & conceſſa abſque vlla reſtrictione, ſtatim ratione illius acquiſiuit filius jus Suitatis ad ſuccedendum ipſo jure in hæreditate patris: quo jure non debet intelligi priuatus per ſequentem natiuitatem legitimorum; cùm id nullibi in jure communi reperiatur. Neque verò cum ſufficienti fundamento id affirmari poteſt: nam quod ab Aduerſarijs dicitur, non præſumi Principem voluiſſe legitimare ſimpliciter illum filium, ſed cum dicta reſtrictione, vt exiſtentibus poſtea legitimis, ſimul cum illis non ſuccederet, valde liberè aſſeritur:

nam

nam potiùs præſumendum eſt, noluiſſe Principem, vt legitimatus priuaretur jure ſibi per legitimationem jam quęſito, quàm legitimi poſtea naſcituri aliquali jure per natiuitatem acquirendo. Unde etiam non rectè dicitur, eandem fere eſſe rationem non præjudicandi per legitimationem legitimis naſcituris, atque jam natis; ſiquidem his præjudicaretur in jure ipſis aliquo modo jam quæſito, & propterea non præſumitur Princeps voluiſſe legitimare cum tali eorum præjudicio; legitimis autem naſcituris ſolùm præjudicatur in jure acquirendo, de quo nulla ratio habetur in reſcriptis, & in conceſſionibus Principum, quæ non dicuntur intelligi debere abſque præjudicio tertij in jure quærendo, ſed ſolùm in jure quæſito, vt eſt notiſsimum.

365 In dubium etiam vertitur, quantam bonorum partem poſsit pater relinquere filio legitimato, quando extant legitimi, cum quibus ex vi legitimationis à Principe conceſſæ ſimul poteſt ſuccedere? Multi ſentiunt, ſolùm poſſe ei relinquere, quantum vni filiorum legitimorum, cui minimum reliquerit, argum. text. *in Auth. Quib. mod. natur. effic. ſui, §. Et quoniam variè, & in l. vlt. §. fin. C. de Natur. liber.* vbi id ſtatuitur in legitimatis per oblationem curiæ, quod locum etiam habet in legitimatis per reſcriptum Principis, cùm eadem de illis ſit ratio. Ita ſentiunt Præpoſitus, & Philippus Decius, quos citat, & ſequitur Coſta *in d. §. Et quid ſi tantum, p. 2. num. 137.* referens ex Decio eſſe ſententiam communem. Eandem ſequitur vterque Molina, Iuriſta *2. lib. de Primogen. cap. 11. num. 17.* & Theol. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 173. verſ. Vtrum autem legitimatus,* qui inde infert non poſſe patrem in regno Caſtellæ meliorare illum filium in tertio, & quinto, neque in regno Luſitaniæ in tertio bonorum, & conſequenter, neque ex hujuſmodi bonis maioratum inſtituere, in quo eum legitimis præferat.

366 Contrariam tamen ſententiam tenet meritò Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 69.* & in eandem inclinat Xuares, cujus meminit Molina *proximè citatus.* Quia ſi pater diſtributis æqualiter inter omnes filios portionibus legitimis, quæ illis debentur, aliquid amplius det filio legitimato ex bonis, de quibus poteſt liberè diſponere, vt in Luſitania de ſuo tertio, nullam in hoc injuriam facit filijs legitimis, cùm omnia illa bona dare poſſet extraneis: cur ergo id facere non poterit? Certè de natura legitimationis non eſt, vt id fieri non poſsit, cùm legitimatio ſit de ſe fauorabilis, & latè interpretanda, vbi præjudicium legitimorum, vel alterius tertij, non obſtat. Confirmatur, quia in caſu, quo legitimatio reſtricta eſt, vt non poſsit legitimatus ſuccedere ſimul cum legitimis, poteſt pater illi relinquere omnia bona, de quibus liberè poteſt diſponere, vt in Luſitania integrum ſuum tertium, quemadmodum ipſe Molina fatetur *d. diſp. 173. verſ. Illud admonuerim,* & à nobis probatum eſt *ſupra, num. 363.* ſæpe autem contingit, vt illa bona excedant portionem legitimam, quæ vnicuique filiorum legitimorum relinquitur, vt quando legitimi ſunt tres, vel quatuor. Ergo à fortiori quando legitimatio conceſſa eſt in forma magis fauorabili, vt legitimatus poſsit ſuccedere ſimul cum legitimis, poterit pater illum præferre in bonis, de quibus liberè poteſt diſponere.

Neque obſtant jura, quibus oppoſitū decernitur in legitimatis per oblationem curiæ. Nam legitimatio per curiæ oblationem diuerſo modo, & cum diuerſis conditionibus concedebatur, atque legitimatio per reſcriptum, vt patet *ex dict. Auth. Quib. mod. natural. effic. ſui, §. Siquis igitur, 1. & 2. ac duobus ſequentibus.* Vnde quemadmodum aliæ conditiones talis legitimationis ad legitimationem per reſcriptum non extenduntur, vt quòd taliter legitimatus ſoli patri poſsit ſuccedere, non verò alijs aſcendentibus, neque collateralibus, vt ipſe etiam Molina tradit *diſp. 173. verſ. Item legitimatus,* & eſt citra dubium; ita etiam non debet extendi illa, de qua in præſenti loquimur. 367

(:!:)

SVM-

SUMMARIUM.

PEr reſcriptum Principis, non ſolùm filij naturales, ſed etiam ſpurij legitimari poſſunt, & non tantùm diſpenſari? num. 368.

A Principe ſæculari, etiam ſpurius filius clerici legitimari poteſt quoad ciuilia, & ad ſuccedendum in bonis paternis; idque licèt ipſe etiam filius ſit clericus; & quid in hoc habeat praxis Luſitana? ibid.

Legitimatio ſpurij ſimpliciter, ſeu in ampla forma conceſſa, eſt vera legitimatio, & non tantùm diſpenſatio; numer. 369.

Vt legitimatio ſpurij validè impetretur, multa oportet declarari in ejus petitione, & quæ illa ſint? numer. 370. *& ſeqq.*

Quando Princeps diceret, Se legitimationem ſpurio concedere, ex quocumque coitu genitus ſit, *talis legitimatio valet, licèt in ejus petitione non fuerint declaratæ qualitates ſpureitatis? Et quomodo id intelligatur? num.* 373.

Quando eſſent ſufficientes conjecturæ, quòd Princeps legitimationem ſpurij concederet, etiam ſi aliqua qualitas ſpureitatis ei declarata non eſſet, valida cenſetur talis legitimatio ſine expreſſione illius qualitatis obtenta. Et quid in dubio, an Princeps illam concederet, ſi qualitas illa ei fuiſſet expoſita? ibid.

Non eſt vitioſa legitimatio obtenta abſq; declaratione qualitatum, quæ non mutant ſpeciem illegitimitatis, & ſunt veluti per accidens ad illam: vt quòd ſpurius filius ſacerdotis ſit genitus ex filia ſpirituali: vel quod ejus pater eſt nobilis, aut titularis, & ſimiles. Neque etiam quãdo fuit tacita qualitas, quæ tunc temporis ignorabatur; numer. 374.

Ad legitimationem filij naturalis ſatis eſt declarari in ejus petitione, quòd genitus fuerit ex ſoluta, quin exprimatur, an ex virgine, vidua, nobili, aut ſerua, vel quòd pater eſſet conſtitutus in dignitate; num. 375.

Si filius naturalis commodè legitimari poteſt per ſubſequens matrimonium, ſurreptitia erit ejus legitimatio obtenta per reſcriptum, niſi in ejus petitione id declaretur. Item ſi extent alij filij legitimi, id etiam declarandum eſt: & vtrùm oporteat declarare extare aſcendentes? num. 376.

Clauſula, Ex certa ſcientia, *appoſita in conceſſione legitimationis ſupplet defectum, qui conſurgeret ex taciturnitate exiſtentiæ filiorum legitimorum, & qualitatum, quæ aliàs exprimi deberent; num.* 377. *Et quid de clauſulis;* Ex plenitudine poteſtatis, Supplẽtes omnes defectus, *&* Nõ obſtantibus Conſtitutionibus, & alijs contrarijs? *num.* 378.

Poſtea inuenies aliud ſummarium.

SEcundò principaliter nota cum Gloſſa *in Auth. Quib. mod. natur. effician. ſui, §. vltim. verb. Participium,* per reſcriptum Principis, non ſolùm filios naturales, ſed etiam ſpurios legitimari poſſe, & non tantùm diſpenſari; vt contra nonnullos ex antiquioribus DD. tradit, & latè probat Couar. *Epit. in 4. lib. Decret. p. 2. cap. 8. §. 8. ſub num. 4. verſ. Ex eodem, in 4. edit.* retractans cõtrariam opinionem, quam antea docuerat, & tenent, vel ſupponunt communiter alij DD. inter quos Molin. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 173. verſ. Quamplurimi, & verſ. Ad quem autem ſpectet,* vbi ſpeciatim probat etiam filium clerici legitimari poſſe à Principe ſæculari quoad ciuilia; atque adeo ad ſuccedendum in bonis paternis. Quam ſententiam tenent etiam alij, quos citat & ſequitur Couar. *d. §. 8. num.* 19. dicens eſſe communem, atque idem eſſe, quamuis filius ſit clericus: in quo etiam conſentit Molina *vbi ſupra, verſ. Quando filius*: tametſi maior in hoc ſit difficultas, & ſolùm videatur poſſe admitti quoad effectum ſuccedendi patri cleri- 368

clerico in bonis patrimonialibus, non autem in acquiſitis intuitu Eccleſiæ, vt notauit, & ſentit cum alijs Couar. *proximè cit.* Quod verò attinet ad filium clerici, quando ipſe filius eſt laicus, praxis etiam hujus Luſitani regni habet, vt legitimatio quoad ciuilia petatur, & concedatur à Rege, vt conſtare poteſt ex Valaſco *conſult.* 80. & mihi etiam aliunde compertũ eſt.

369 Credunt tamen non pauci, legitimationem ſpurij etiam in ampla forma conceſſam, eſſe tantùm diſpenſationem; quã ſententiam, aliquibus relatis, ſequitur Cabedo 2. *p. deciſ.* 69. *num.* 5. Addit verò cum Alex. quod Princeps quoſcumque ſpurios legitimat, ſi id faciat ex certa ſcientia; quaſi ſolùm velit diſpenſare, quando eam clauſulam non apponit. At tenendum omnino eſt, veram eſſe legitimationem, quando Princeps ſimpliciter, ſeu in ampla forma, ſpurium legitimat ſeu natalibus reſtituit; cùm legitimatio nihil aliud ſit, quàm reſtitutio, qua quis ſimpliciter natalibus reſtituitur, vt ſatis ex dictis conſtat. Et ita cum Couar. & praxi, præſertim hujus Regni, docet Mol. *diſp.* 173. *verſ. Quamplurimi.*

370 Vt autem legitimatio ſpurij validè impetretur, plura oportet declarari in ejus petitione, quàm cùm petitur legitimatio filij naturalis: Quia in primis opus eſt declarare qualitatem ſpureitatis, quòd ſcilicet ſit ſpurius. Eſt enim ſpureitas valde odioſa, ejuſque legitimatio reprobata, & prohibita in jure, *§. vltim. Auth. Quib. mod. natur. effician. ſui, l.* 1. *Cod. de Natur. liber.* & ideo niſi ea qualitas exprimatur, non cenſebitur Princeps velle talem legitimationem concedere. Atque ita ſentiunt Couar. *Epit. in lib.* 4. *Decret. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 9. *numer.* 1. *&* 2. Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Hinc colligitur,* Valaſc. *conſult.* 80. *ſub num.* 1. & alij, videturque eſſe communis ſententia. Quin etiam credit Molin. *vbi ſup. verſ. Occaſione legitimationis, in fine,* cum Couar. Gom. & Gregor. Lop. requiri vlteriùs ad valorem talis legitimationis, vt in reſcripto apponatur clauſula, *Non obſtante quouis jure in contrariũ*, eoquod jus tali legitimationi reſiſtat. Notat autem Valaſc. *d. conſult.* 80. *num.* 8. *fine,* non ſolere in hoc Regno, hanc clauſulam apponi.

Præterea, ſi ſpureitas eſt ratione duplicis criminis, vt quod filius ſit natus ex ſacerdote, & conjugata, vel ex conjugato, & conſanguinea, vel affini in gradibus prohibitis; opus eſt vt in ſpecie declaretur vtrumque vitium talis ſpureitatis: vt tenent communiter DD. quos longo ordine refert eos ſequens Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 24. *num.* 5. Valaſc. *conſult.* 80. *num.* 5. & Cabedo *loc. citat.* vt enim habens plura impedimenta matrimonium dirimentia etiam ejuſdem rationis, vt quia ex parte vtriuſque parentis eſt conſanguineus intra quartum gradum mulieris, cui vult nubere, non manet diſpenſatus ad contrahendum cum illa, ſi diſpenſationem impetrauit, declarando tantùm ſe eſſe illius conſanguineum in tali gradu, ſed oportet quòd in ſpecie declaret vtrumque impedimentum, juxta communiſsimam ſententiam, quam contra Henriquez & paucos alios latè cum alijs probat Sanch. *lib.* 8. *de Matrim. diſp.* 24. *num.* 5. ita pariter in præſenti: licèt contrarium ſuſtineat Angel. *conſil.* 204. *num.* 1. & Præpoſ. *in cap. Per venerabilem, §. Quod autem, num.* 24. *in fine. Qui filij ſint legitimi.* 371

Si autem ſpureitas ex vno tantùm ſit crimine, vt quia filius ſit natus ex vxorato & ſoluta, vel inceſtu, nonnulli tenent, ſatis tunc eſſe declarare in genere, eum eſſe ſpurium, tacendo ſpecialem qualitatem, & circunſtantias ſpureitatis. Ita Cabed. *d. deciſ.* 69. *num.* 17. *in princip.* vbi pro eadem ſententia allegat Anton. Ioan. Andr. Felinum, & Decium, Alex. Bald. & alios; addendo aliud eſſe in diſpenſatione, quæ eſt odioſa; aliquos etiam pro hac parte refert Valaſc. *d. conſult.* 80. *ſub num.* 1. pro eadem etiam ſtat Aretin. *in cap. At ſi clerici, §. De adulterijs, numer.* 42. *de Iudic.* At receptior, & communior ſententia eſt, quòd etiam in hoc caſu opus eſt declarare ſpeciem, & circunſtantias ſpureitatis; vt quòd ſit natus 372

ex

ex inceſtu, vel ex vxorato, & hanc tenent Bald. Abbas, Alex. de Neuo, Franeus, Iaſ. Ripa, Selua, Rebuſtus, Gambara, Gregor. Villalob. & multi alij, quos citat, & ſequitur Sanch. *d. diſp.* 24. *num.* 3. tenent etiam, relatis alijs, Couar. *d. §.* 9. *num.* 2. Valaſc. *loc. proximè citat.* & Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Hinc colligitur*, & hæc ſententia amplectenda eſt, niſi aliud obſeruetur in praxi. Et ratio eſt, quia qualitas ſpureitatis poteſt eſſe ex coitu magis vel minùs damnabili, eòque eſt fædior, quò coitus damnabilior; proptereaque eò etiam magis poteſt Principem retrahere à legitimatione concedenda: Principi autem debent manifeſtari omnia, quæ poſſent eum à conceſsione retrahere, & inducere ad proſpiciendum, quomodo debeat conuenienter prouidere. Vnde infert Molin. *ſup.* cum Couar. & alijs, non ſolùm oportere declarari ſpeciem ſpureitatis, ſed etiam peculiarem illius fœditatem, vt ſi ſit ex inceſtu, an ex inceſtu cum matre, aut filia, vel ſorore, ac denique in quo gradu conſanguinitatis, vel affinitatis conjuncti erant parentes ipſius ſpurij.

373 At ſi in reſcripto legitimationis Princeps diceret, aliquoue modo ſignificaret, ſe illam concedere, ex quocumque coitu talis illegitimus eſſet conceptus, legitimatio erit valida, licèt prædictæ qualitates ſpureitatis expreſſæ non fuerint, vt bene cum alijs tradit Valaſc. *d. conſult.* 80. *numer.* 5. & aduertit etiam Molin. *vbi ſup.* qui rectè tamen addit, hoc procedere, niſi fortè adeo fæda interueniſſet qualitas, vt meritò præſumeretur, quòd ſi in particulari exprimeretur, Princeps legitimationem non concederet: quia in generali conceſsione non comprehenditur id, quod ſi in particulari exprimeretur, minimè concederetur, *reg. In generali, de Regul. jur. in* 6. Notat præterea Molin. quòd quando eſſent ſufficientes conjecturæ, ex quibus intelligeretur, quòd Princeps legitimationem concederet, licèt aliqua qualitas, quæ expreſſa non fuit, illi fuiſſet propoſita, valida cenſenda eſt legitimatio ſine expreſsione talis qualitatis obtenta: ſecus autem in dubio, an illam conceſſurus eſſet. Hoc tamen vltimum non facilè admitto, nec admittendum eſt juxta doctrinam Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 21. *num.* 25. vbi cum alijs docet, & probat, quod in dubio an diſpenſatio valida ſit, vel potiùs ſurreptitia? vt quia dubium eſt, an aliqua cauſa tacita in precibus, ſit finalis, ſeu de neceſsitate exprimenda, talis diſpenſatio cenſenda eſt valida; quia re exiſtente dubia, judicandum eſt in fauorem actus, vt magis valeat, quàm pereat, *cap. Abbate, de Verb. ſign. l. Quoties, ff. de Reb. dub.* Quòd ſi hoc procedit in diſpenſatione, quæ eſt odioſa, & reſtringenda, multò magis locum habet in legitimatione, quæ eſt fauorabilis, & amplianda, vt non ſemel in ſuperioribus aduertimus.

Illud etiam non omittendum, ſi ſolùm taceatur qualitas, quæ non mutat ſpeciem illegitimitatis, ſed tantùm aggrauat 374 vitium parentum; vt quòd filius ſacerdotis genitus fuerit ex filia ejus ſpirituali, vel quid ſimile, id non officere quominus legitimatio validè impetretur; cùm tale vitium habeat ſe valde per accidens ad illegitimitatem: ſic cum alijs Valaſc. *d. conſult.* 80. *numer.* 3. & Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Qualitates, quæ.* Unde à fortiori non eſt opus exprimi qualitatem nobilitatis patris, vt quòd ſit Comes, vel illuſtris, cum hoc parum, aut nihil aggrauet parentum crimen. Et ita cum Hoſtienſi Ioan. Andr. & Butrio docet Valaſc. *d. conſult.* 80. *ſub num.* 2. Aliud tamen, & meritò ijdem DD. ſentiunt de nobilitate matris, per *l. Siqua illuſtris, Cod. Ad Orfician.* vbi diſponitur, quòd ſpurius non ſuccedat matri illuſtri, extantibus legitimis. Non officiet etiam legitimationi, quòd impetrata ſit abſque mentione qualitatis, quæ tunc temporis ignorabatur, vt quòd filius genitus fuerit ex maritata, quæ communiter reputabatur vidua. Ita Molin. *proximè citat. verſ. Quando qualitas*, & Valaſc. *d. conſult.* 80. *in fine*, vbi teſtatur ita fuiſſe judicatum.

Ad legitimationem verò filij naturalis 375 ſatis

ſatis regulariter eſt, quòd pater declaret, ſe illum habuiſſe ex ſoluta, quin exprimat, an fuerit ex virgine, aut vidua, vel nobili, vel an ipſe pater eſſet conſtitutus in aliqua dignitate: Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Qualitates quæ.* Conſentit Valaſc. *d. conſult.* 80. *ſub num.* 1. Docens generaliter eum Romano, quòd in legitimatione filij naturalis, opus non eſt exprimere, qualitatem illegitimitatis, vt quod ex ſerua, vel concubina, ſeu aliàs.

376 Dixi autem, *Regulariter*, quia ſi filius naturalis commodè legitimari poteſt per ſubſequens matrimonium, eoquod ejus parentes commodè, & ſine alterius ſaltem dedecore, illud poſſunt contrahere, ſurreptitia & inualida erit legitimatio per reſcriptum obtenta, niſi concedenti exprimatur talem filium commodè poſſe legitimari per matrimonium ſubſequens; cùm id Principem retrahere poſſit à legitimatione concedenda. Ita relatis alijs Couar. *Epit. in lib.* 4. *Decret. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 9. *num.* 5. Coſta *in d. §. Et quid ſi tantùm, p* 2. *num.* 95. Molina Iuriſt. *lib.* 3. *de Primogen. cap.* 3. *num.* 39. & Theolog. *d. diſp.* 173. *verſ. Item ſi is,* per text. *in d. Auth. Quib. mod. nat. effician. legitimi, §. Sit igitur licentia.* Præterea ſi extent alij filij legitimi, id etiam declarandum eſt, vt jam ſupra monuimus. Atque idem dicendum eſſe, ſi extent aſcendentes, quibus præjudicaretur in portionibus ipſis debitis in bonis parentis ejus, qui legitimatur, tenent nonnulli, quos refert, & ſequitur Coſta *vbi ſup. numer.* 146. & Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Item, ſi legitimatio.* Contrarium tamen tenent alij, & fortè probabiliùs, quia illud præjudicium aſcendentium non eſt tam conſiderabile, ſicut deſcendentium: vnde cùm de jure communi legitimatio filiorum naturalium non concedatur exiſtentibus deſcendentibus legitimis, vt vidimus *ſupra, num.* 361. tamen de aſcendentibus nihil tale in jure habetur, nec vlla de illis quoad hoc fit mentio, vt videre eſt in toto *Auth. Quib. mod. natur. effician. legitimi, & Auth. Quib. mod. nat. effician. ſui.* Quod eſt valde notabile.

Omnia prædicta circa qualitates, & circumſtantias illegitimitatis neceſſariò exprimendas, vt legitimatio non ſit ſurreptitia & inualida, intelliguntur, niſi Princeps legitimationem concedat, *Ex certa ſcientia*, quia hæc clauſula tollit defectũ in literis legitimationis, vt notat Valaſc. *d. conſult.* 80. *num.* 7. & ſic tollit ſurreptionem, quæ aliàs ex taciturnitate illarũ qualitatum conſurgeret. Confirmatur, quia hæc clauſula ſupplet defectum legitimationis obtentæ abſque filiorum legitimorum exiſtentium mentione, vt cum Molina tradidimus *num.* 361. *fine.* Ergo à fortiori tollet defectum conſurgentem ex taciturnitate illarum qualitatum, qui planè videtur eſſe minoris momenti, quàm qui conſurgit ex taciturnitate illorum filiorum, quibus per legitimationem alterius filij non leue præjudicium infertur. 377

Secus dicendum de clauſulis, *Ex plenitudine poteſtatis*, & *Supplentes omnes defectus*, quia hæ clauſulæ tantummodo apponuntur ad ſupplendos defectus conſurgentes ex jure poſitiuo: non autem cõſurgentes à natura, niſi ſpecificentur, vt latè multis citatis DD. tradit Valaſc. *ſup. num* 6 *&* 9. clauſula etiam, *Non obſtantibus conſtitutionibus, & alijs contrarijs,* &c. non ſupplet defectum legitimationis conſurgentem ex taciturnitate prædictarum qualitatum, præſertim quando qui legitimatur, eſt valdè odioſus, vt ex ſacrilegio, vel monacho, aut moniali, vt eum alijs notat Valaſc. *d. conſult.* 80. *num.* 8. quia hæc clauſula in conceſſionibus gratiarum non ſupplet taciturnitatem qualitatum neceſſariò exprimendarum, ſed tantùm reddit valida, & confirmat expreſſa, vt docent Bald. Alex. Decius Ruin. Aymon, Ripa Menoch. & alij, quos citat, & ſequitur Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſput.* 24. *num.* 6. 378

(:!:)

SVMMARIVM.

Vt legitimatio filij per reſcriptum obtenta ſit efficax, & perfecta, requiritur conſenſus ipſius filij, & quomodo id ſit intelligendum? num. 379.

Vt filius legitimetur reſpectu patris ad ſuccedendum in ejus bonis, neceſſarius eſt conſenſus ipſius patris; num. 380.

Legitimatus reſpectu patris, talis etiam manet reſpectu agnatorum, ad hoc vt in eorum bonis poſsit ſuccedere, acſi eſſet legitimus: nec ad hoc eorum conſenſus requiritur; ibid.

Legitimato patre, etiam filij ejus legitimi euadunt legitimati reſpectu aui, vt in ejus bonis ſuccedant, debeantque ab eo inſtitui. Et quid ſi pater ſit tantùm diſpenſatus? num. 381.

Etiam poſt mortem patris poteſt filius legitimari à Principe, vt in illius bonis ſuccedat, ſi conſtet voluiſſe patrem eum legitimari. Idque licet jam alij patris ſucceſſores hæreditatem adiuiſſent: & licet talis filius eſſet ſpurius; num. 382.

Filius, cui pater legitimationem nulliter impetrauit, poteſt poſt ejus mortem aliam validam impetrare oſtendendo eam fuiſſe patris voluntatem: idque licèt talis filius ſit ſpurius; num. 383.

Vtrum quando nulla patris voluntas, vel poſtulatio præceſsit de legitimando filio, poſsit nihilominus Princeps eum legitimare, vt patri ſuccedat cum præjudicio ſucceſſorum, quibus patris hæreditas jam eſſet delata? num. 384.

Vt quis de conſenſu patris à Principe legitimetur ad ſuccedendum ipſi patri, non oportet citari eos, in quorum præjudicium ea legitimatio cedit; num. 385.

Clauſula, Sine præjudicio hæredum legitimorum, *quæ in legitimationibus regni Luſitan. apponi ſolet, quid operetur; & quorumnam hæredum præjudicium excludat?* numer. 386. *& ſeqq. Filio cum hac clauſula legitimato, ſemper pater poteſt relinquere, quantum voluerit ex bonis, de quibus liberè poteſt diſponere, vt de ſuo tertio in Luſitania & de quinto in Caſtella;* num. 390.

Quid operetur clauſula, Sine præjudicio venientium ab inteſtato, *ſi in legitimatione apponatur?* num. 391.

Legitimatio per reſcriptum obtenta reuocatur ob ingratitudinem filij aduerſus patrem, qui eum legitimandum curauit. Et quomodo id ſit intelligendum? num. 392.

Vtrum legitimati per reſcriptum, vel alio modo, veniant nomine legitimorum, vel legitimè natorum, quando agitur de ſucceſſione in fideicommiſsis, maioratibus, emphyteuſibus, & ſimilibus bonis, ad quæ ſoli legitimi ſint vocati? num. 393.

Tertiò deinde nota, vt legitimatio 379 filij per reſcriptum obtenta, ſit efficax & perfecta, neceſſarium eſſe conſenſum ipſius filij, ut docent penè omnes, per text. expreſſum *in Auth. Quib. mod. nat. effician. ſui, §. Generaliter,* ubi optima ratio redditur his verbis; *Nam ſi ſoluere jus patriæ poteſtatis inuitis filijs permiſſum non eſt patribus, multò magis ſub poteſtate redigere filium inuitum, & nolentem,* ſcilicet per legitimationem, qua illegitimus ſub patria poteſtate conſtituitur. Vnde licèt etiam ante vſum rationis filius poſsit legitimari, ſemper tamen ea legitimatio eſt dependens à futuro ejus conſenſu, ſeu ratihabitione. Emman. à Coſta plures referens *in d. §. Et quid ſi tantùm, p. 2. concluſ.* 1. *num.* 114. *& ſeqq.* Molin. *dict. diſp.* 173. *verſ. Vt legitimatio,* & alij communiter. Vtrum autem ſufficiat filium ſcire, & non contradicere ſuæ legitimationi, ad hoc vt intelligatur conſentire, ſeu ratam illam habere? Affirmant aliqui, alij verò negant, vt videre eſt apud Emman à Coſta *dict. concluſ.* 1. *numer.* 118. *& ſeqq.* qui negantibus adhæret, aſſerens ratihabitionem filij, quam Iuſtinianus

exigit *in d. §. Generaliter*, non induci ex eo quòd filius ſciuerit legitimationem impetrari, vel impetratum eſſe, & non contradixit, niſi aut verbis illam exprimat, aut faciat aliquid, quod citra jus, & nomen legitimi efficere non poterat. Quæ ſententia mihi etiam placet, & magis probari videtur à Molina, *vbi ſupra.* Addit verò idem Coſta, *num.* 124. ſatis etiam fore, ſi filius ſit præſens, & non cõtradicat, quòd tunc planè videatur conſentire, arg. text. *in l. In adoptionibus, ff. de Adoption.*

380 Item, ut filius legitimetur reſpectu patris ad ſuccedendum in ejus bonis, neceſſarius eſt conſenſus ipſius patris, vt notat Molina, *loco proximè citat. & diſp.* 174. *verſ. Illud etiam*, videturque ab omnibus ſupponi per text. *in d. Auth. Quib. mod. natural. effician. ſui, §. Illud tamen*, vbi non niſi de conſenſu, & voluntate patris legitimatio per reſcriptum inducitur. Vnde notat Cabedo 2. *p. deciſ.* 62. *numer.* 13. non poſſe filios à Principe legitimatos vti tali legitimatione contra voluntatem patris teſtatoris, argum. *l. Amiciſsimos, §. vltim. ff. de Excuſat. tutor. & l. Poſt mortem, §. vltim. ff. de Bonor. poſſeſſ. contr. tab.* ad quod etiam allegat Dec. *conſil.* 268. quod etiam procedit in diſpenſatione, vt idem Cabedus eum alijs aduertit. Legitimatus autem reſpectu patris talis etiam manet reſpectu agnatorum, ad hoc vt poſſit in eorum bonis ſuccedere, acſi eſſet legitimus; Gam. *deciſ.* 312. *num.* 4. & Cabed. *p.* 1. *deciſ.* 100. *num.* 12. eum alijs, nec ad hoc eorum conſenſus neceſſarius eſt, vt eum communiori DD. ſententia docent Couar. *Epit. in* 4. *lib. Decretal. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 10. *num.* 2. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 69, Gregor. Lop. *in l.* 7. *tit.* 15. *p.* 4. & Molina *d. diſp.* 173. *verſ. Item legitimatus*, per text. *in d. §. Illud tamen, verſ. Siquis ergo*, vbi habetur, quòd legitimati per reſcriptum nihil differunt à legitimis. Quanuis aliud ſit in legitimatis per oblationem curiæ, vt habetur *in eod. Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui, §. Filiũ.*

381 Vtrum verò legitimato patre, etiam filij ejus legitimi, euadant legitimati reſpectu aui, vt in ejus bonis ſuccedant? Reſpondent affirmatiuè Couar. *d. §.* 10. *numer.* 5. Gam. *deciſ.* 312. *num.* 4. *& deciſ.* 317. *num.* 2. & Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Vtrum autem legitimato*, & quidem meritò, quia cùm pater legitimus effectus ſit, perinde ſe habet legitimus ejus filius reſpectu aui ad ſuccedendum ipſi auo, tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento, acſi pater legitimus natus eſſet. Vnde jus etiam habet dicendi nullum teſtamentum aui, ſi in eo ſit præteritus, juxta ſupradicta §. 2. & 3. Si autem pater non eſſet propriè legitimatus, ſed tantùm diſpenſatus, vt in legitimationibus hujus Regni contingit, tunc filius ejus legitimus non ſuccedit auo ab inteſtato, ſed ſolùm ex teſtamento, non exiſtente legitima ſobole ipſius aui, vt bene docet Gama *deciſ.* 11. *num.* 4. *&* 5. per text. *in l. fin. Cod. de Natural. liber.*

Quartò nota, quòd etiam poſt mortem patris, poteſt filius à Principe legitimari, vt in illius bonis ſuccedat, ſi pater eum legitimari voluit, idque in teſtamento, vel aliàs per actum inter viuos declarauit. Ita communiter DD. per text. expreſſum *in Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui, §. Illud tamen, verſ. Si verò is.* Quod procedit, etiam ſi patris hæreditas jam eſſet adita, & obtenta à venientibus ab inteſtato, vt tradit relatis alijs, Cabed. 2. *p. deciſ.* 69. *n.* 21. Valaſc. *conſult.* 158. *n.* 11. & Mol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 174. *§. Illud etiam eſt obſeruandum.* Quemadmodum enim viuente patre, poſſet Princeps ad illius petitioné filium legitimare, etiam cum præjudicio aliorum hæredum, ita etiam id efficere poteſt poſt illius mortem, nihil obſtante, quòd alij ſucceſſores jam hæreditaté adiuiſſent, ejuſq; poſſeſſionem apprehendiſſent, quia cenſetur illis delata ſub conditione, niſi ille filius legitimaretur, vt in ſimili de legitimatis per diſpenſationem in radice matrimonij dictũ eſt, *§. præced. n.* 352. Eſtq; hoc verũ, etiam ſi legitimatus, eſſet ſpurius, vt bene contra Molinam Iuriſtam notauit Molina Theologus, *loco proximè cit.* & tradit relatis alijs Coſta *in* 382

d. §. Et quid ſi tantùm, 2. p. num. 167. & ſeqq. Valaſc. *vbi ſup.* eadem enim quoad hoc eſt ratio de ſpurio, atque de naturali. Vnde quamuis pater non poſsit abſolutè inſtituere hæredem filium ſpurium, attamen rectè, & vtiliter eum inſtituere poteſt ſub conditione, *Si a Principe legitimetur*, vt relatis multis tradidimus *ſect. 1. hujus diſp. §. 2 num. 4.*

383 Quòd ſi pater, dum viueret, legitimationem filij nulliter impetrauit (vt quia tacuit ſe habere filios legitimos, vel aliâ de cauſa) credens tamen eam valere, illum hæredem inſtituit; dubitabis, an poſt mortem patris poſsit ille filius nouam legitimationem validè impetrare, oſtenſo patris teſtamento, ex quo conſtat, voluiſſe patrem eum fieri legitimum? Reſpondeo affirmatiuè, cum multis DD. quos refert Coſta latiùs id explicans *in d. §. Et quid ſi tantùm, 2. p. numer. 166. & ſeqq.* vbi ſecurè id admittit in filio naturali per tex. *in Auth. Item ſine, Cod. de Nat. liber.* At idem etiam tenet in ſpurio cum Barth. & multis alijs, quos refert, & ſequitur, *num. 198. & ſeq.* Et ratio eſt, quia ſi pater viuens potuit legitimationem ſpurij validè impetrare ex Principis gratia, non obſtante lege, quæ omnem modum legitimationis ab ſpurijs remouet, *§. vltim. Auth. Quib. mod. nat. effician. ſui*, cur poſt patris mortem non poterit filius eandem gratiam impetrare, oſtenſo teſtamento, & voluntate patris, qui eum legitimari voluit? Certè eadem in vtroque caſu eſt ratio. Illud etiam hic aduerte nihil impedire, quominus ſemel validè legitimatus, ſecundam legitimationem pleniorem impetret, eâque ſe tueri poſsit, vt tradit relatis alijs, Cabed. *2. p. deciſ. 69. num. 23.* Utrum autem oporteat, quòd faciat mentionem de prima? Reſpondet negatiuè Cabed. *num. 18.* niſi prima eſſet tantùm diſpenſatio.

384 Si autem nulla patris voluntas, vel poſtulatio præceſsit, qua filium ſibi legitimari expetierit; grauis difficultas eſt, vtrùm Princeps poſsit eum legitimare cum præjudicio ſucceſſorum, quibus illius hæreditas jam eſſet delata; præſertim ſi jam eam adiuiſſent, ejuſque poſſeſsionem apprehendiſſent? Qua in re varij admodum ſunt DD. quidam namque exiſtimant, quamuis hæreditas jam ſit adita per illos ſucceſſores, ſi eam nondum poſsident poſſe Principem illum filium legitimare, vt in ea ſuccedat. Alij verò ſentiunt minimè id fieri poſſe à Principe, quando hæreditas jam eſt adita, ſecus verò ſi ſolùm ſit delata; & hanc eſſe communem ſententiam Iuriſperitorum, affirmat Molina *d. diſp. 174. verſ. Quando hæreditas.* Ipſe tamen Molina cum paucis alijs tenet, neque etiam quando hæreditas eſt delata poſſe à Principe illum filium legitimari cum præjudicio eorum, quibus delata eſt; eoquod jam habeant jus quæſitũ ad talem hæreditatem obtinendã. Et hæc ſententia mihi magis arridet. Eam tamen non firmo, neque in hac controuertia immorandum cenſeo, cùm filij non niſi ex conſenſu patrum Principis reſcripto legitimari ſoleant. Qui autem ſcire velit quibus fundamentis prædictæ ſententiæ innitantur, conſulat Molinam *vbi ſup.* & Coſtam *in d. §. Et quid tantùm, 2. p. concluſ. 5. & 6.*

Quintò nota, vt quis de conſenſu patris à Principe legitimetur ad ſuccedendum ipſi patri, non oportere citari eos, in quorum præjudiciũ ea legitimatio cedit, etiamſi ſint filij legitimi, quorum portiones legitimæ minuentur. Ita Emman. à Coſta cum multis alijs *in d. §. Et quid ſi tantũ, p. 2. ſub concl. 2. n. 133. & ſeqq.* & Mol. latè per plures concluſiones id explicans *diſp. 174. à princ.* conſentit, relatis alijs, Couar. *Epit. in 4. lib. Decr. p. 2. c. 8 §. 9. ſub n. 7. verſ. Ex quo infertur poſt med. in 4. edit.* quamuis addat, malè facturũ Principem, ſi filijs legitimis non vocatis, dictã legitimationem faciat. In quo tamen credo à præfatis DD. nõ diſſentit; nam debet intelligi, niſi juſta cauſa interueniat, qua quidem deficiente, etiam alij DD. ſentiunt, illicitam fore talem legitimationem, vt videre eſt apud Molinam *d. diſp. 174. ſub 1. 2. & 3. concluſ.* vbi rectè monet, maiorem cauſam requiri, vt ſit licita legitimatio, cum præjudicio deſcendentium, 385

quàm

quam aſcendentium, & multo minorem ſufficere ad legitimandum cum præjudicio collateralium. Ratio autem cur neceſſaria non eſt prædicta citatio filiorum legitimorum, vel aliorum, quibus legitimatio præjudicat, ea eſt: quia quòd illis debeatur legitima, vel alia ſucceſsio in bonis patris, prouenit ex jure Ciuili; quod Principi omnino ſubeſt, vt poſsit illi derogare, quin ad hoc neceſſaria ſit alicujus citatio, vt latiùs proſequitur, & declarat Coſta, & Molina *loc. citat.* Ad quod etiam videri poteſt Mantica *lib. 11. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 11. à num. 5.* vbi optima adducit fundamenta, quæ probant, nunquam requiri aliorum citationem ad legitimandum filium, patre conſentiente. Vnde etiam poſt mortem patris, ſi ejus conſenſus præceſsit, poteſt Princeps ejus filium legitimare, minimè requiſitis ijs, quibus illius hæreditas eſt delata, juxta receptiſsimam ſententiam Bartholi *in d. §. Et quid ſi tantum, in fine, ff. de Liber. & poſth.* quam ſequuntur Coſta *ibid. 2. p. concluſ. 4.* Molina *d. diſp. 174. verſ. Quarta concluſio,* & Cabedo, *2. p. deciſ. 69. num. 21.* conſtatque ſatis ex dictis *num. 382.*

385 Sextò nota, quòd quanuis legitimatio ſit impetrata cum omnibus declarationibus, & clauſulis ad ejus valorem, & plenitudinem requiſitis, tamen filius taliter legitimatus, non ſuccedit patri cum præjudicio hæredum legitimorum, ſi Princeps in reſcripto legitimationis appoſuit clauſulam, *Sine præjudicio hæredum legitimorum,* aliamuè ſimilem, qua declaret ſuam intentionem non eſſe illis præjudicare, vt fieri ſolet in legitimationibus, ſeu diſpoſitionibus hujus Regni, vbi Rex ſic ait; *Mas não he minha tenção por ella* (ſcilicet per legitimationem) *ſer feito perjuizo a alguns herdeiros lidimos, ſe os ouuer, & a outras quaiſquer peſſoas, que algum direito hajão em os ditos bens, & couſas, que aſsi lhe forão dadas, ou deixadas;* cùm enim conceſsio, & quilibet actus, nihil operetur vltra intentionem agentis, planum eſt non poſſe legitimatum virtute talium legitimationum ſuccedere patri cum præjudicio illorum hæredum.

Difficultas verò non leuis eſt, quomodo in hujuſmodi legitimationibus, vel diſpenſationibus, dicta clauſula, *Sine præjudicio hæredum legitimorum,* accipienda ſit? Et ratio difficultatis eſt, quia hæredes legitimi ſunt & dicuntur propriè omnes qui ſuccedunt ab inteſtato, nimirum deſcendentes, & aſcendentes defuncti, & collaterales omnes vſque ad decimum gradum, & his deficientibus, vxor ipſius defuncti, & tandem in defectum iſtius, Fiſcus: vnde ſi legitimatus cum dicta clauſula ab hujuſmodi hæredibus excluditur in ſucceſsione patris, nullius fermè momenti ejus legitimatio euadit, quod videtur eſſe contra mentem legitimantis. Aliunde autem cùm à verborum proprietate non ſit facilè recedendum, videtur affirmandum, eum ab illis omnibus excludi, præſertim patre inteſtato decedente. Variæ igitur hac in re ſunt opiniones quarum præcipuas attingam. Prima eſt: per illam clauſulam omnes venientes ab inteſtato, etiam collaterales, præferri legitimato, eumque excludere. Ita ſentiunt multi, quos refert Gama *deciſ. 278. numer. 3.* quorum aliqui hanc ſententiam dicunt communem. Imò hanc videri magis communem teſtatur Cabedo *2. p. deciſ. 69. num. 4.* Hanc eamdem opinionem latè tuetur Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 23. ſub num. 80.* aſſerens quòd virtute dictæ clauſulæ, nec ab inteſtato, nec ex teſtamento, ſuccedere poſſunt legitimati, niſi prout de jure ſibi concederetur, ſi legitimati non fuiſſent, videlicet naturalis pro vna vncia, & pro alimentis, ſpurius autem pro alimentis tantùm. 387

388 Secunda opinio ex oppoſito aſſerit, exceptis deſcendentibus, cæteros hæredes legitimos à legitimato excludi, nihil obſtante dicta clauſula, *Sine præjudicio legitimorum.* Pro hac multò plures refert eos ſequens idem Gama *d. deciſ. 278 ſub n. 4.* Eandem tenet Valaſc. *de Part. c. 12 n. 44.* referẽs pro illa Cald. Sarmiẽto, & Couar. *Epit. in 2. p. c. 8. §. 10. col. 1. & 2.* At reuerà Couar. eo loco mentẽ ſuã nõ declarat, ſed

 totus

totus fermè eſt in aliorum opinionibus referendis. Eſt autem hæc ſecunda ſententia longè communior quàm prima, vt multi apud Gamam *loc. citat.* affirmant: pro qua etiam apertè ſtant Anchar. Crot. & Anton. Capitius apud Couar. *d. §.* 10. *in princip.* qui tenent, legitimatum cum d. clauſula præferri in ſucceſsione patris inteſtati omnibus ſucceſſoribus ab inteſtato venientibus, exceptis tantùm filijs legitimis: & in ſucceſsione ex teſtamento ſimul cum ipſis filijs legitimis admitti, dummodo eorum legitima non minuatur.

398 Tertia denique opinio, omiſsis alijs, (quas non ſatis diſtinctè refert Couar. vbi ſupra) eſt, quòd per illam clauſulam ſolùm excluditur legitimatus à legitimis hæredibus in ſucceſsione, & bonis ad quæ habent aliquod jus conſiderabile, quo à patre priuari non poterant: nam in bonis, quibus pater eos poteſt priuare, non cenſetur illis fieri præjudicium, ſi legitimato, vel etiam extraneo relinquantur. Itaque in hac ſententia legitimatus omnino excludit tranuerſales à ſucceſsione patris, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato; quia non habent jus aliquod, vt pater legitimati eis aliquid relinquat: à legitimis autem deſcendentibus, & aſcendentibus ipſius patris omnino quoad legitimam eis debitam excluditur; itaut ſiue pater decedat teſtatus, ſiue inteſtatus, nihil de eorum legitima minuatur; quia neque ex toto neque ex parte poteſt pater eos illâ priuare. Ex reliquis verò bonis, de quibus pater liberè poteſt diſponere, relinquere poteſt legitimato quantum voluerit. Sic Molin. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 174. *verſ. Quia tamen*, cui conſonat Cabedo *d. deciſ.* 69. *num.* 4. vbi aſſerit dictam clauſulam, *Sine præjudicio hæredum legitimorum*, intelligi de aſcendentibus, vel deſcendentibus, non vero de tranſuerſalibus, idque eſſe verius de jure, & æquius; atque ita etiam ſentire Gamam. Hæc ſententia mihi videtur omnino vera, & cæteris omnibus præferenda, ſtando in rigore verborum prædictæ clauſulæ, *Sine præjudicio, &c.* vt ſatis ex ratione ſuperiùs adducta conſtat. Si alicubi vero praxis aliud habuerit, vt quod ſoli deſcendentes virtute dictæ clauſulæ legitimatum excludant, id ſeruandum eſt.

Ex prædicta ſententia infert bene 390
Molin. *vbi ſup.* quod in hoc regno Luſitaniæ, ſi pater legitimati cum dicta clauſula habeat deſcendentes legitimos, poterit ei relinquere de ſuo tertio quod voluerit; in regno autem Caſtellæ ſolùm de quinto; ſi verò careat deſcendentibus, & habeat aſcendentes, in vtroque Regno poterit ei relinquere de ſuo tertio quantum voluerit, & ſi decedat inteſtatus, ei ſuccedet taliter legitimatus in toto tertio, & duæ reliquæ portiones ad aſcendentes ſpectabunt.

Quando autem in legitimatione appo- 391
ſita eſſet clauſula, *Sine præjudicio venientium ab inteſtato*, maior forſan eſt difficultas, vt videri poteſt apud Peregrin. *d. art.* 23 *à num.* 21. vbi eam latè diſcutit, & ſic tandem, rejectis alijs opinionibus, reſoluit primò dicens, quod virtute illius clauſulæ excluditur legitimatus à venientibus ab inteſtato, ſi legitimatio facta eſt poſt hæreditatem illis delatam; & quòd in hoc conueniant omnes. Secundò, quòd in cauſa inteſtati, non tantùm excluditur à filijs legitimis, vt eſt recentior ſententia, ſed etiam ab aſcendentibus, & tranſuerſalibus; ita ſcilicet, vt perinde reſpectu illorum ſe habeat legitimatus cum dicta clauſula, ac ſi legitimatus non fuiſſet; proindeque ſi talis legitimatus ſit naturalis, ab inteſtato cum aſcendentibus, & collateralibus capiat duas vncias, juxta *Auth. Licet, Cod. de Naturalib. liber.* ſi verò ſpurius, in nulla parte ſuccedat. Tertiò, quòd in cauſa teſtati legitimatus excludit venientes ab inteſtato, præſertim ſi ſit naturalis, nihil obſtante dicta clauſula. Cæterùm mihi omnino dicendum videtur, eundem eſſe hujus clauſulæ effectum, atque clauſulæ, *Sine præjudicio hæredum legitimorum*, cum reuerà clauſulæ ſint ſynonimæ, vt plerique intelligunt.

392 Septimò tandem nota, legitimationem

nem per reſcriptum obtentam reuocati ob ingratitudinem filij aduerſus patrem, qui eum ſibi legitimandum curauit. Sic cum Baldo Iaſon Ripa, Tiraquel. & alijs Couar. *Epit. in 4. lib. Decretal p. 2 cap. 8. §. 2. num.* 14. ea ratione, quia libertas, quæ legitimationi æquiparatur, *Auth. Vt liberti de cætero, §. 1. & Authent, Quib. mod. natural effician. legit. §. Siquis ergo, & §. Liceat*, reuocatur ob ingratitudinem: ergo etiam legitimatio. Addit autem idem Couar. id procederé quoad ea, quæ ipſum patrem, ejuſque bona reſpiciunt: nam in cæteris adhuc eum filium judicari legitimum, etiam ſi patri ingratus extiterit, juxta notata per Paul. de Caſtr. *in l. Ex facto, ff. de Vulg.* Addit præterea cum Romano, hujuſmodi reuocationem ob ingratitudinem locum non habere in legitimatione facta per matrimonium ſubſequutum. Quod etiam tradit Molina, *diſp.* 172. *verſ. Vt naturales filij.* Id verò non tollit quominus etiam legitimati per ſubſequens matrimonium ob ingratitudinem aduerſus parentes exhæredati poſsint; quemadmodum filij legitimè nati, juxta ſupra tradita circa cauſas ingratitudinis, ex quibus filij exhęredari poſſunt. Qualis verò, & quanta ingratitudo ſufficiat ad prædictam legitimationem reuocandam, arbitrio judicis relinquitur.

393 Vtrum legitimati per reſcriptum, vel alio modo, ita fiant legitimi, vt veniant nomine legitimorum, vel legitimè natorum, quando agitur de ſucceſsione in fideicommiſsis, maioratibus, emphyteuſibus, alijsve bonis vinculatis, ad quæ ſoli legitimi ſint vocati, quęvè non niſi ſub conditione deficientium legitimorum alijs deferuntur? Diſputant latiſsimè Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 10. *num.* 11. & 12. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 23. *per tot. & art.* 24. *num.* 9. *& multis ſeqq.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 79. & 81. Molin. *d. diſp.* 174. *à verſ. Quod verò ad res attinet*, & multi alij; hanc tamen diſceptationem in præſenti omittendam cenſeo, quia licèt ſit valde vtilis, non ſpectat ad præſens inſtitutum, & jam ſatis hac de re dixi *in tractatu de Cenſu, & emphyteuſi, 2 p. diſp. 5 ſect. 5.*

§. 13. *Vtrum filij, & alij deſcendentes naturales poſsint, debeantuè inſtitui hæredes in teſtamento parentum?*

SUMMARIUM.

Qui propriè filij naturales dicantur, tum ſecundum jus Cæſareum, tum ſecundùm Canonicum, & Luſitanum? num. 394.

Secundùm jus commune, non tenetur pater inſtituere hæredes filios naturales, nec aliquid eis relinquere. In varijs autem caſibus poteſt eis relinquere, ſi velit, aut totam, aut partem ſubſtantiæ, & in ea illos inſtituere. Quod particulatim explicatur, numer. 395. *& ſeqq.*

Exiſtentibus filijs legitimis, non poteſt pater relinquere naturalibus vltra vnam vnciam; num. 397. *Id verò fallit primò, ſi legitimi eſſent juſtè exhæredati, num.* 397. *Secundò, ſi legitimi conſentiant, vt naturales ſimul cum illis ſuccedant? num.* 398. *Tertiò, ſi legitimi redditi ſint incapaces ſuccedendi, vt ſi facti ſint monachi Ordinis Minorum; num.* 399.

Si pater habeat vnum tantùm filium legitimum, eumque impuberem, & illi ſubſtituat pupillariter naturalem, ex tali ſubſtitutione, eueniente caſu illius, ſuccedet naturalis in omnibus bonis pupilli, tam aliunde, quàm ex patris hæreditate habitis: ſi autem extent alij filij legitimi, non poterit retinere ex bonis patris, niſi vnam vnciam, & reliqua reſtituet legitimis; num. 400

Pater tenetur prouidere filio naturali, imò & ſpurio, de alimentis, ſi aliunde congruè, ſuſtentari non poſsit; numer. 401.

Naturalibus nepotibus non tenetur auus paternus quidquam relinquere, ſiue ſint naturales ex filijs legitimis, ſiue legitimi ex filijs naturalibus, ſiue naturales ex filijs naturalibus: ſi tamen careat deſcendentibus legitimis, poteſt eis relinquere quantum voluerit; num. 402. Iuxta multos DD. nepos naturalis poteſt ſuccedere auo in omnibus caſibus, & eodem modo, quo filius naturalis poteſt ſuccedere patri. Et quid circa hoc cenſeat Author? ibid.

Auus tenetur relinquere alimenta nepotibus naturalibus, ſi aliàs non habeant unde congruè alantur; num. 403.

In quibus caſibus poſsit auus relinquere nepotibus naturalibus, etiam ſi habeat deſcendentes legitimos? num. 404.

Secundùm jus commune tenetur mater teſtamentum condens inſtituere hæredes filios naturales ſimul cum legitimis ſi eos habeat, idque licèt ſit illuſtris. Quòd ſi omittat, poſſunt tales filij agere de inofficioſo contra illius teſtamentum; num. 405. Et idem eſt in nepotibus reſpectu auiæ, & aliorum per lineam fœmineam aſcendentium; numer. 406.

Quomodo filij naturales de jure Luſitano ſint ſucceſsibiles reſpectu patris; num. 407. & ſeqq.

Vtrum filij naturales hominis plebeij ita de jure Luſitano ſint ſucceſsibiles reſpectu illius, vt ſi ab eo prætereantur, vel injuſtè exhæredentur, poſsint teſtamentum rumpere, dicendo illud nullum, vel agendo querelâ inofficioſi? numer. 408. & ſeqq.

Filij naturales hominis plebeij in Luſitania ſunt ſub ejus poteſtate, licèt aliqui diſſentiant; num. 409.

Filijs naturalibus hominis plebeij ſecundùm jus Luſitanum competit querela aduerſus inofficioſas donationes factas à patre in fraudem, vel præjudicium ſuarum legitimarum; num. 411.

Filij naturales hominis equitis, ſeu non plebeij, quouſque de jure Luſitano poſſint, aut non poſsint patri ſuccedere; & quis ad hunc effectum cenſeatur eques, vel non plebeius; num. 412. & ſeqq.

Agricolæ non ſunt mechanici, nec amittunt nobilitatem, licèt proprijs manibus terram excolant. Si tamen non ſolent equo incedere, vel tractantur vt pedites, eorum filij naturales eis ſuccedunt de jure Luſitano, ſicut legitimi; num. 414.

Plebeius præſumitur, qui nõ probatur eſſe nobilis; num. 415.

Filius naturalis, qui natus eſt quando pater erat plebeius eſt illi ſucceſsibilis de jure Luſitano, ſicut legitimi, licèt pater poſtea fiat eques, vel maioris conditionis, num. 416. Et idem eſt licet pater fuiſset eques, quando filius conceptus eſt, ſi tempore natiuitatis jam erat plebeius; ibid.

De jure Luſitano non ſatis eſt, patrem eſſe clericum in minoribus, ad hoc vt cenſeatur eques, cui filius naturalis non ſit neceſſariò ſucceſsibilis; num. 417.

Nepotes naturales eodem modo ſucceſsibiles ſunt de jure Luſitano reſpectu aui paterni, ſi erat plebeius, quando nati ſunt, atque filij naturales reſpectu patris ſimiliter plebeij; numer. 418. & ſeqq.

Vtrum nepos naturalis ex filio legitimo, & plebeio, ſit de jure Luſitano ſucceſsibilis ex propria perſona, vel ſaltem ex perſona patris, auo paterno non plebeio? num. 421. & ſeq.

Filius naturalis viri equitis, habens auum plebeium, eſt ſucceſsibilis de jure Luſitano ipſi auo, quemadmodum ſuccederet patri, ſi is eſſet plebeius. Et quomodo id procedat? num. 423.

Nepos naturalis quouſque de jure Luſitano poſsit, aut non poſsit, ſuccedere auo paterno equiti? num. 424.

In Luſitania ſuccedunt filij, & nepotes naturales matri, & alijs aſcendentibus maternis, ſicut in jure communi diſponitur; num. 425.

Vt filij naturales hominis plebeij ſint illi ſucceſsibiles de jure Luſitano, opus eſt vt non ſint geniti ex pluribus concubinis, quas pater eodem tempore apud ſe haberet; num. 426.

De

De ſucceſsione ab inteſtato filiorum naturalium; num. 427. remiſsiuè.

394 PRo reſolutione recolendum eſt *ex ſect. 1. hujus diſp. §. 2. num.* 32. quòd ſecundùm jus Cæſareum, illi tantùm dicuntur filij naturales, quos quis ſuſcepit ex vnica concubina domi retenta, inter quam & ipſum virum tempore conceptionis, vel natiuitatis eorum filiorum, nullum erat impedimentum ad matrimonium validè contrahendum: juxta Canonicum verò jus ſatis eſt ad hoc vt ſint naturales, quòd quando ſunt nati, vel concepti, poſſent eorum parentes validum inter ſe matrimonium contrahere, quanuis mulier in domo viri retenta non eſſet: idemque eſt de jure hujus regni Luſitani quoad effectum ſuccedendi parentibus, vt conſtat ex *lib. 4. Ordinat. tit. 91. in princip.* atque etiam de jure Caſtellæ, vt habetur *in noua Recopilatione, l. 9. tit.* 8. *lib. 5.* notatque pro vtroque Regno Molin. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 165. verſ. Illud verò.* Recolendum præterea, ſpurios dici quicumque ex illicito coitu geniti naturales non ſunt, duplexque eorum eſſe genus, alterum eorum, qui ſunt geniti ex coitu damnato, & punibili, alterum, qui ex non damnato, nec punibili prout latè *loc. ſup. cit. num.* 33. *& ſeq.* à nobis traditum, & explicatum eſt.

395 His poſitis, quod ad filios naturales attinet, prima concluſio ſit. Secundùm jus commune non tenetur pater inſtituere hæredes filios naturales, nec aliquid eis relinquere: in varijs autem caſibus poteſt, ſi velit, aut totam aut partem ſubſtantiæ (prout ſtatim explicabitur) eis relinquere, & in ea illos hæredes inſtituere. Tota concluſio eſt certa; ac primam illius partem latè probat, & declarat Rojas *in Epit. ſucceſsion. cap. 11. à num. 9.* nullibi enim in jure obligatio imponitur patri relinquendi aliquid filijs naturalibus, ſed ſolùm ei ad hoc conceditur licentia, vt videre eſt *in l. Humanitatis, & in Auth. Licet, Cod. de Naturalib. liber. & in Auth. Quibus mod. natural. effician. ſui, §. Diſcretis,* vbi nouiſsimè relatis, & magna ex parte correctis antiquioribus Conſtitutionibus, horum filiorum ſucceſsio conſtituitur. Vnde Gloſſa communiter recepta *in l. 1. ff. de Bonor. poſſeſ. contr. verb. Naturales,* rectè ait, quod naturalis, cui pater nihil in teſtamento reliquit, non habet jus dicendi teſtamentum nullum, neque per querelam inofficioſi, aliuduè juris remedium, illud impugnare poteſt. Quam Gloſſam ſequitur Barthol. *ibidem, & in l. Gallus, §. Etiamſi parente, num. 2. ff. de Liber. & poſthum.* Bald. Socin. Alber. Iaſon Alex. & alij, quos refert & ſequitur Rojas *d. cap. 11. num.* 13.

Secunda pars concluſionis, facilè etiam probatur, & declaratur; quia in primis, ſi pater, qui habet filios naturales, careat deſcendentibus, & aſcendentibus legitimis, poteſt omnium bonorum ſuorum illos facere hæredes, diuidendo ea inter illos, prout voluerit, vt habetur *in d. §. Diſcretis, verſ. Si verò filios non habuerit; & in Auth. Licet, Cod. de Natur. liberis,* quanuis olim ſolùm potuerit illis, & eorum matri relinquere dimidium bonorum, vt per *l. Humanitatis, Cod. eod.* Si autem careat legitimis deſcendentibus, habeat verò aſcendentes, poteſt relinquere duas tertias ſuorum bonorum filijs naturalibus, eoſque hæredes in eis inſtituere, & ſolam reliquam tertiam relinquere aſcendentibus, quibus pro legitima tertium tantùm bonorum debetur, quando non extant deſcendentes legitimi; *Sic in d. §. Diſcretis, verſ. Si verò habuerint, & in d. Auth. Licet, Cod. de Natural. liber.* Exiſtentibus verò deſcendentibus legitimis, ſolùm poteſt relinquere filijs naturalibus, atque eorum matri, vnam vnciam, id eſt, duodecimam bonorum partem, & ſi quid amplius eis dare tentauerit, ad legitimos deſcendentes pertinet, vt in præfatis juribus diſponitur. Quòd ſi mater ipſorum naturalium jam non extet, credit Couar. *Epit. in 4. lib. Decretal. 2. p. cap. 8. §. 4. num.* 11. & Molina, *diſp. 166. concluſ. 2.* quòd poteſt pater illis relinquere integram vnciam, conſentaneè 396

tancè ad prædicta jura. Optimè autem aduertit Rojas *d. cap.* 11. *num.* 7. quòd in caſu, quo teſtator haberet duodecim filios legitimos, & vnum tantùm naturalem, non poterit dictam vnciam naturali relinquere, juxta *l. Communium, in fine, C. de Naturalib. liber. & Auth. de Nuptijs, §. Quoniam variæ, collat.* 4. ne ſcilicet inter naturales, & legitimos æqualitas detur in ſucceſsione.

397 Cæterùm, quòd exiſtentibus filijs legitimis, non poſsit pater relinquere naturalibus vltra vnam vnciam, in aliquibus caſibus fallit. Primò equidem fallit, quando filij legitimi eſſent juſtè exhæredati. Tunc enim poteſt pater dare naturalibus quod voluerit, perinde ac ſi legitimi in rerum natura non extarent. Sic cum alijs Rojas *vbi ſup. num.* 18. Et conſtat facilè; tum quia filius juſtè exhæredatus pro mortuo habetur, *l.* 1. *§. Si pater emancipatus, ff. de Conjungend. cum emancip. lib. ejus, l.* 1. *§. fin. ff. de Bonor. poſſeſ. contr. tab.* tum etiam quia paria ſunt, filios non exiſtere, & non ſuccedere, *l.* 1. *§. Filium, ff. de Bonor. poſſeſ. contr. tab. l. Si necem, §. Si deportatus, & l. Et ſi ex modico, §. Si filius, ff. de Bonis libert.* cum enim dicitur, ſi extant legitimi, intelligēdum eſt, ciuiliter, non naturaliter; quia nomen liberorum ad intellectum juris refertur, *d. l.* 1. *§. fin. ff. de Contr. tab.* & quæ ſuum non operantur effectum in conſiderarione juris non ſunt, *l.* 3. *§. Condemnatum, ff. de Re judic. l. Non putabit, ff. de Bonor. poſſeſ. contra tab. & regula Non præſtat, de Regul. jur. in 6.*

398 Secundò fallit, ſi filij legitimi conſentiant, vt ſimul cum eis naturales ſuccedāt. Quia quòd vna tantùm vncia his poſſit relinqui, introductum fuit in fauorem legitimorum, qui ei renuntiare poſſunt, *l. Si quis in conſcribendo, Cod. de Pact. l. Si judex, ff. de Minor. l. fin. §. penult. ff. Ad Velleian. cap. Gratum, de Offic. deleg. cap. Ad Apoſtolicam, de Regular.* Et ita relatis alijs tenent Couar. *Epit. in lib.* 4. *Decret.* 2 *p. cap.* 8. *§.* 4. *numer.* 11. & Rojas *d. cap.* 11. *num.* 24. qui inde infert, poſſe patrem de conſenſu legitimorum, omnia ſua bona relinquere filijs naturalibus, vt etiam ex Romano aduertit Couar. *cit.*

Tertiò fallit, ſi filij legitimi redditi ſint 399 incapaces ſuccedendi; vt quia effecti ſunt monachi Ordinis Minorum, vel Profeſsi, aut Coadjutores formati Societatis, aliáuè ex cauſa. Quia tales habentur pro naturaliter mortuis, itavt neque ab inteſtato, neque ex teſtamento poſsint eſſe hæredes, vt latiùs tradidimus, *ſect.* 3. *hujus diſp.* & ſic integrum eſt patri omnia ſua bona naturalibus relinquere. Atque ita loquendo de monachis Ordinis Minorū docent Bald. & Guido Pape, quos citat & ſequitur Rojas *vbi ſup. num.* 27. patetque ex fundamentis pro prima fallentia adductis.

Quartò fallit, quando pater habens 400 vnum tantùm filium legitimum, eumque impuberem, illi pupillariter ſubſtitueret naturalem. Tunc enim, decedente impubere intra ætatem pupillarem, ei ſuccedet naturalis, non ſolùm in bonis, quæ talis pupillus aliunde habebat, ſed etiam in ijs, quæ habebat ex hæreditate patris, vt latiùs tradidimus *diſp. præced. ſect.* 3. *§.* 11. *num.* 621. & notat relatis alijs Rojas *in Epit. ſucceſſ. cap.* 11. *num.* 26. Si autem ultra illum impuberem exiſterent alij filij legitimi, tunc licèt naturalis pupillariter ſubſtitutus ei ſuccedat in omnibus ejus bonis, etiam à patre habitis, attamen de bonis patris ſolùm poterit retinere vnam vnciam, & reliquum debet reſtitui filijs legitimis, vt etiam cum communi, & multis citatis DD. tradidimus *loco proximè citat. num.* 620. per text. *in l. Lucius, & in l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari.*

Illud etiam, quod in prima parte præ- 401 dictæ concluſionis dictum eſt, non teneri patrem aliquid relinquere filijs naturalibus, fallit in alimentis: nam ſi filius naturalis (vel etiam ſpurius) non habeat, vnde competenter ſe alat, ſaltem exercēdo aliquod honeſtum officium, vel artem ſibi congruentem, non ſolùm poteſt pater ei relinquere alimenta, ſed ad id tenetur, vt optimè aduertit Barb. *in l.* 1. *p.* 4.

num.

num. 57. ff. Solut. matrim. & Rojas plures referens *d. cap. 11. num. 37. & ſeqq.* eſtque communis omnium ſententia, in materia de alimentis; cùm etiam filijs ſpurijs ad id pater obligetur, & compelli poſsit, vt vidimus *ſect. 1. hujus diſp. §. 4. à num. 65.* vbi, quæ pro ſpurijs dicta ſunt, à fortiori procedunt in naturalibus, quibus non ſolùm jus Naturale, & Canonicum, ſed etiam Ciuile ſpurios reſpuens, alimenta concedit ex bonis patris, *Auth. Quib. mod. natur. effician. ſui, §. Diſcretis, ad fin.* ibi; *Alimentum damus eis, & Auth. Licet, Cod. de Naturalib. liber.* ibi; *Hujuſmodi enim naturales filios paſci boni viri arbitrio eſt neceſſe.*

402 Secunda concluſio. De jure communi naturalibus nepotibus, ſiue ſint naturales ex filijs legitimis, ſiue legitimi ex filijs naturalibus, ſiue naturales ex filijs naturalibus, non tenetur auus paternus quidquam relinquere, ſi tamen deſcendentes legitimos non habeat, poteſt eis relinquere quantum voluerit. Ita expreſſè habetur *in l. vltim. Cod. de Naturalib. liber.* quæ lex non eſt hodie correcta, vt notat Alex. *in addition. ad Barthol. ibid.* ſed potiùs ſeruari jubetur, *in d. Auth. Quib. mod. nat. effic. ſui, §. Si verò eſſuſa, verſ. De nepotibus enim.* In contrarium tamen clarè ſtant, multi DD. quos referunt, & ſequuntur Gam. *deciſ. 317. num. 1.* & Cabed. *1. p. deciſ. 100. numer. 8.* aſſerentes nepotem naturalem ſuccedere auo in omnibus caſibus, in quibus filius naturalis patri poteſt ſuccedere: ſtat etiam Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 166. concluſ. 5.* vbi docet illud ipſum, quod juxta *d. Auth. Quib. mod. natur. effic. ſui, §. Diſcretis, & d. Auth. Licet, C. de Naturalib.* dictum à nobis eſt *ſupra, num. 396.* de filijs naturalibus reſpectu patris, locum pariter habere in dictis nepotibus naturalibus reſpectu aui; vt nimirum, ſi auus careat aſcendentibus, & deſcendentibus legitimis, poſsit illis nepotibus relinquere omnia ſua bona: ſi autem careat deſcendentibus legitimis; habeat verò aſcendentes, teneatur relinquere aſcendentibus portionem legitimam, ideſt tertiam partem bonorum, reliquas verò duas tertias dare poſsit illis nepotibus; ſi verò deſcendentes legitimos habeat, vnam tantùm vnciam dictis nepotibus relinquere poſsit. At cùm in citato jure Authenticorum, vbi hæc pro filijs naturalibus nouiſsimè ſancita ſunt, expreſsè conſtituatur, vt in nepotibus ſeruetur diſpoſitio *d. l. vltim. Cod. de Natural. lib.* nullo pacto ab ea recedendum videtur, vt etiam multi DD. cenſent apud Gamam *ubi ſup.* Vnde cùm *in d. l. vltim.* ſimpliciter habeatur, quòd deficientibus deſcendentibus legitimis, poſsit auus paternus relinquere dictis nepotibus quantum voluerit, conſequenter dicendum videtur, quòd exiſtentibus legitimis deſcendentibus, nihil poteſt auus talibus nepotibus relinquere, & quòd deficientibus deſcendentibus legitimis, poteſt illis relinquere omnia ſua bona, etiamſi habeat aſcendentes.

Præfata verò concluſio in eiſdem caſibus fallit, in quibus primam fallere diximus. Nam quod in priori ejus parte dicitur, non teneri auum quidquam relinquere illis nepotibus; non procedit in alimentis, quando nepotes non habuerint aliàs, vnde congruè alantur: conſtat enim teneri tunc auum in defectum patris præſtare eis alimenta, vt optimè probat Gama *deciſ. 11. num. 7.* per text. *in l. Si quis à liberis, §. Idem in liberis, ff. de Liber. agnoſc.* [illegible] cùm in præcedenti §. contineatur, vt non ſolùm pater, ſed etiam liberi teneantur auum ac proauum, cæteroſque aſcendentes alere, ſubſequitur in textu, *idem in liberis quoque exhibendis à parentibus dicendum eſt.* Vbi Gloſ. *ver. A liberis,* notat ſermonem eſſe tam de naturalibus, & legitimis, quàm de naturalibus tantùm; id quod planè ex ipſo textu colligitur; cùm etiam de liberis vulgò à matre quæſitis expreſsè loquatur; ex quo apertè ſequitur, quòd vt ejuſmodi liberi auum, ita & auus eos alere tenetur. Atque ita judicatum fuiſſe in hoc Regno, affirmat idem Gama *loc. citat.* Et ita etiam cum Couar. Anton. Gom. & alijs, tenet à fortiori Molina *tom. 1. de Iuſt. diſput.* 403

put. 168. *verſ. Non ſolùm parentes*, vbi probat, quòd hodie etiam nepotes ſpurij debent ali ab auo paterno in defectum patris; idemque tenet Gama *vbi ſup.*

404 Deinde, quod in poſteriori parte ejuſdem concluſionis continetur, non poſſe auum paternum relinquere aliquid dictis nepotibus naturalibus, ſi habeat deſcendentes legitimos, planè fallit quando tales deſcendentes eſſent juſtè ab eo exhæredati; vel conſentirent, vt auus illis nepotibus relinqueret, vel redditi eſſent incapaces ſuccedendi; vel denique quando vnus tantùm eſſet deſcendens legitimus pupillarem ætatem non excedens, & in poteſtate aui conſtitutus, cui ipſe auus naturalem nepotem pupillariter ſubſtitueret; vt conſtat ex fundamentis, quibus has ipſas fallentias in prima concluſione admiſimus.

405 Tertia concluſio. Secundùm jus commune, tenetur mater teſtamentum condens inſtituere hæredes filios naturales ſimul cum legitimis, ſi eos habeat. Hæc concluſio tanquam certa ab omnibus ſupponitur; quia filius naturalis ſuccedit matri, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato, æquè cum legitimis, perinde acſi etiam eſſet legitimus, excluſis aſcendentibus, atque agnatis, & cognatis, *l. Hac parte, & l. Modeſtinus, ff. Vnde cognati, l.* 1. *§. Sed & vulgò, & l.* 2. *in princip. ff. Ad Tertillian. l. Siqua illuſtris. juncta Gloſ.* ibi; *Cod. Ad Orfician. & §. Nouiſsimè, Inſtit. eod. tit.* & tradunt communiter DD. idque licèt mater ſit illuſtris, vt tenent Gloſ. *in d. §. Nouiſsimè, verb. Hæreditatem*, Couar. dicens eſſe communem ſententiam *Epit. in lib.* 4. *Decretal. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 4. *num.* 15. Rojas *in Epit. ſucceſsion. cap.* 14. *numer.* 3. referens Barthol. & Angel. Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 166. *concluſ.* 7. Pichard. *in Rubr. ad Inſtit. de Hæredit. quæ ab inteſtato, §.* 6. *num.* 27. & alij, nihil obſtante *d. l. Si qua illuſtris*, quæ videtur eſſe contra; nam loquitur de filio ſpurio, & non de naturali tantùm. Ratio verò dictæ concluſionis eſt; quia cùm filij naturales habeant jus ſuccedendi matri, acſi eſſent legitimi, pari neceſsitate debent inſtitui hæredes in ejus teſtamento, atque ipſi legitimi. Vnde contra teſtamentum matris poſſunt hujuſmodi filij agere de inofficioſo vt tradit Gloſ. *in d. l. Siqua illuſtris, verb. Cum legitimis.* Paul. Caſtr. ibi Couar. *d. §.* 4. *num.* 16. & Valaſc. *conſult.* 94. *num.* 2. & 13. *argum. l. Si ſuſpecta, §. In fine principij*, vbi etiam Gloſ. *ff. de Inoffic. teſtam.* Cur autem, ita ſe res habeat in matre, non verò in patre? Ratio reddi ſolita, & ſatis aperta eſt, quia tales filij ſunt certi reſpectu matris, *l. Quia ſemper, ff. de In jus vocandi*, non verò reſpectu patris.

Quæ proximè dicta ſunt de filijs naturalibus reſpectu matris ſimiliter per prædicta jura procedunt in nepotibus reſpectu auiæ & aliorum per lineam fæmineam aſcendentium, vt notant Rojas *d. cap.* 14. *num.* 1. Molina *d. concluſ.* 7. & Pichar. *d. §.* 7. *num.* 26. quod intelligitur, ſiue tam ipſi, quàm eorum mater, ſint filij naturales, ſiue ipſi naturales, mater verò legitima, vel econtra; nam in omnibus his caſibus tales nepotes ſunt naturales reſpectu auorum, *l. vltim. Cod. de Naturalib.* Quando autem eorum mater eſſet filia legitima, addit Molina *ſupra*, quòd non tantùm ſuccedunt auiæ, ſed etiam eodem modo auo materno, quia repræſentant matrem, ejuſque locum obtinent; & conſequenter, quemadmodum illa, ſi viua foret, vtrique parenti ſuccederet, ſiquidem erat filia legitima, ita etiam illi eis ſuccedunt, & excludunt omnes, quos illa excluderet. At hoc ad ſummum poterit habere locum in ſucceſsione ab inteſtato, in qua tantùm datur repræſentatio, & nihil confert ad ſucceſsionem ex teſtamento, de qua hìc agimus. Vnde ex teſtamento, non aliter dicti nepotes ſuccedere poſſunt auo materno, quàm paterno, de quo in ſecunda concluſione dictũ eſt. 406

Quarta concluſio. Spectato jure hujus regni Luſitani filij naturales hominis plebeij, vulgò *Peão*, debent ab eo inſtitui hæredes perinde, acſi legitimi eſſent, idque ſiue habeat filios legitimos neceſſariò 407

etiam

etiam inſtituendos, ſiue non. Conſtat
manifeſtè ex *Ord. hujus Regni, lib. 4. tit.
92. in princip.* ibi; *E ſe o pay for pião, ſuc-
ceder lheão, & virão à ſua herança igual-
mente com os filhos legitimos, ſe os o pay
tiuer; & não auendo filhos legitimos, her-
darão os naturaes todos os bens, & heran-
ça de ſeu pay, ſaluo a Terça, ſe a o pay to-
mar, da qual poderà diſpor como lhe pare-
cer.* Vbi ſermonem eſſe, non ſolùm de
ſucceſsione ab inteſtato, ſed etiam ex teſ-
tamento, nemo vnquam dubitauit. Et
quidem verba illa: *Saluo a Terça ſe a o
pay tomar, da qual poderà diſpor,* planè
reſpiciunt diſpoſitionem teſtamentari-
am, ipſumque patrem obligant, vt ſi teſ-
tamentum condat, omnia ſua bona, excep-
to tertio, dictis filijs æqualiter relinquat,
ideſt, tam naturalibus, quàm legitimis, ſi
eos habeat, vel his non exiſtentibus, ſo-
lis naturalibus. Atque ita declarat Mo-
lina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 166. verſ. De ju-
re bujus Luſitaniæ regni,* & Emman. Bar-
boſ. *in Remiß. ad cit. loc. Ord. n. 18.* cum
Valaſc. *conſult. 94. n. 2. juncto n. 11.* &
ſic etiam habet praxis. Proceditq; præfa-
ta Ordinatio etiam in filio naturali, quem
plebeius genuit ex propria, vel aliena an-
cilla, dummodo per mortem patris ma-
neat liber, vt expreſſè habetur *loc. cit. d.
Ord* vbi ſublata eſt dubitatio, quæ olim
verſabatur circa filiũ ex aliena ancilla, eo-
quod in antiquis Ordinationibus ſolũ fie-
408 eret mentio de genito ex ancilla propria.
Vtrùm verò dicti filij naturales poſsint
rumpere teſtamentum patris plebeij, ſiue
dicendo illud nullum, ſiue per querelam
inofficioſi, ſi à patre prætereantur, vel in-
juſtè exhæredentur? Negatiuam partem
magis probat Valaſc. *d. conſ. 94. ſub n. 10.*
eo præſertim fundamẽto, quòd dicta Or-
din. Luſitana ſit exorbitans à jure cõmu-
ni, illiq; contraria, ac proinde nullatenus
extendẽda vltra terminos in ipſa expreſ-
ſos: vnde cùm ſolũ diſponar, quòd hi filij
ſuccedant patri, quemadmodũ legitimi
non debet intelligi, quòd poſsit etiam ex
cauſa præteritionis, exhæredationiſuè in-
juſtæ, rumpere patris teſtamentum, ſicut
legitimi poſſunt; ſed ſolùm quòd poſsint
agere condictione ex dicta lege Regia ad
auocandam portionem legitimam, quæ
illis conceditur, idque cùm fructibus; ad
eum ſcilicet modum, quo bonorũ poſſeſ-
ſio contra tab. datur patri contra teſtamẽ-
tum filij emancipati; in qua non agitur
de jure teſtamenti, vt in querela inoffici-
ſi, ſed ſolùm de jure patris, qui fraudatur
ſuâ legitimâ, vt dicitur *in l. Filio, §. Con-
tr. tab.* ibi; *Quia priore judicio de jure pa-
tris, non de jure teſtamenti quæſitum eſt,
ff. de Inoffjcioſo teſtamento;* & ſic non agi-
tur ad expugnandum teſtamentum in to-
tum, ſed ſolũ ad cõparandã legitimam, vt
explicat Paul. de Caſtr. & videtur pro-
bare Alex. quos idem Valaſc. refert *n. 11.*
Et quemadmodum etiam patrono datur
poſſeſsio contra tabulas aduerſus teſta-
mentũ liberti, quæ tamen non reſcindit
illud in totũ, ſed ſolù quoad legitimã pa-
trono debitã, *l. 1. l. In ſeruitutẽ, § fin. l. Si
ex patronis, in princ. l. Si libertus cũ du-
os, ff. de Bon. libert. §. Præterea, verſ.
Tunc, Inſt. Quib. mod jus patron. ſoluat.*
Nihilominus contrariam ſententiam
longè veriorem cenſeo. Primò, quia *in d.* 409
Ordinat. Luſitana, dicti filij naturales
æquiparantur ſimpliciter legitimis quo-
ad ſucceſsionem in bonis patris: ergo pa-
ri neceſsitate debent inſtitui hæredes in
teſtamento patris, atque filij legitimi; &
conſequenter eadem actio, quæ legitimis
datur aduerſus teſtamentũ paternum, ſi
in eo fuerint præteriti, vel injuſtè exhæ-
redati, illis etiam competit. Eſt autem
hæc actio, vt poſsint illud dicere nullum,
vel querelare de inofficioſo. Secundò,
quia filijs naturalibus, imò & ſpurijs, com-
petit querela inofficioſi aduerſus teſta-
mentum matris, vt habetur *in l. Suſpecta,
in fine, princ. ff. de Inoffic. teſtam* non alia
ratione, niſi quia habent jus ſuccedendi
matri, quemadmodũ legitimi. Ergo cùm
dicti filij naturales hominis plebeij jus
etiã habeãt ad ſuccedẽdũ patri, ſicut legi-
timi, illis etiã cõpetit querela inofficioſi.
Tertiò, quia dicti filij naturales ſunt in
poteſtate patris, quemadmodũ legitimi,
vt tenent Cald. Per. *in l. Si curatorem, ver.
Sine curatore, n. 94. verſ. Ex qua ſenten-*

tia,& Bened. Pinel. *Select. lib.* 1. *c.*8. *n.* 22. & Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad cit. loc. Ordin. Regiæ, num.* 25. licet contrarium teneant Valaſc. *conſult.* 131. *num.* 11. & Ferdinand. Paez *tract. de Excuſan. parentib. num.* 53. *&* 54. Indubitatum eſt autem filijs in poteſtate competere jus dicendi nullum teſtamentum patris, vel illud impugnandi per querelam, ſi in eo ſint præteriti, vel injuſtè exhæredati,vt ex ſuperioribus conſtat.Et ita hāc ſententiam clarè tenet Em. Barb *loc.proximè cit.n.* 19. dicens abſolutè, dictos filios à patre præteritos poſſe ejus teſtamẽtum impugnare.

410 Nec obſtat fundamentum, quo Valaſcus in contrarium ducitur, eoquod dicta OrdinatioLuſitana ſit contraria juri communi, & ſic quaſi correctoria, & odioſa non debeat extendi vltra id quod exprimit. Falſum eſt enim hanc Ordinationẽ eſſe correctoriam juris communis; nam in hoc Regno ipſaOrdinatio eſt jus commune, vt aduertit Gama *deciſ.* 317. *n.* 4. cum Palacio, quem ibi citat, Cabed. 1. *p. deciſ.* 100.*ſub n.* 14. & Em. Barb. *ad loc. cit. Ord. n.*25. neque jus Cæſareum in eò viget, niſi prout per legem Regiam admittitur, & approbatur, ob bonam rationem,qua nititur,vt habetur *lib.*3.*Ord.tit.* 64. *in princ.*Et ſic non poteſt illa Ordinatio dici correctoria, & odioſa, ſed fauorabilis,vt bene declarat idem Gam. *n.* 3. & Cab.*n.* 10.proindeq; cū dictos filios naturales legitimis æquiparet in ſucceſſione reſpectu patris, intelligi debet fauorabiliter,vt eadem actiò illis competat aduerſus teſtamentum patris, ſi in eo fuerint præteriti,vel injuſtè exhæredati, quæ legitimis competit.

411 Quod ſi petas, an etiam his filijs ſpectato d.jureLuſit.competat querela aduerſus inofficioſas donationes factas à patre in fraudem, vel læſionem ſuarū legitimarum? Reſpondeo affirmatiuè, cū Valaſc. *d deciſ.*94.*n.* 15.quia in d.Ord.Luſit.non permittitur patri diſponere vltra tertiam ſuorū bonorū,nec eſt admittēda via fraudandi legem Regiā, quæ duas tertias his filijs pro legitima aſſignauit, *l. Non dubium,C.de Legib.l.Seius, & Augerius,ff. Ad legem Falcid.l.Fraus legi,ff.de Leg.*

412 Quinta concluſio. De eodem jure Luſitano,filij naturales, quorum pater fuerit, eques, vel ſimilis conditionis, qui ſoleat equo incedere,&mechanicus officialis nō ſit, quando illi nati ſunt,non eſt neceſſe, vt in ejus teſtamento hæredes inſtituantur,nec illi ſuccedunt ab inteſtato,etiamſi nec aſcendentes, nec deſcendentes legitimos habeat: in hoc tamen euentu, poteſt eis relinquere omnia ſua bona, ſi velit: ſi autem ſolū habeat aſcendentes legitimos, poteſt illis filijs relinquere ſuū tertiū, vel partem illius.Sic habetur *in d.Ord.Luſit. lib.*4.*tit.*92.§.1. ibi; *Não auerão os tais filhos ſua herança, nem entrarão à partilha com os filhos legitimos, nem cõ outros legitimos aſcendentes: & não tendo o pay deſcendentes, nem aſcendentes legitimos, poderà diſpor de todos ſeus bens,como quizer, & falecendo ſem teſtamento, herdaràm ſeus bens os parentes mais chegados, & não os filhos naturais.* Et infra, §. 3. *Porèm ſe o caualeiro não tiuer filhos alguns, nem outros deſcendentes legitimos, & tiuer pay,ou mãy,ou outros aſcendentes legitimos, poderà em ſeu teſtamento deixar toda ſua terça,ou parte della aos filhos naturaes,& não tendo deſcendentes, nem aſcendentes legitimos poderà em ſeu teſtamento deixar toda ſua fazenda aos filhos naturaes, ſe quizer.*

413 Quæres, an etiam in caſu,quo eques habeat deſcendentes legitimos,poſsit relinquere ſuum tertium, aut partem illius filijs naturalibus? Et ratio dubitandi pro parte affirmatiua eſt, quia in eo caſu poteſt pater relinquere tertium extraneis; vnde videtur, quòd etiā filijs naturalibus illud poterit relinquere, ſi velit. Nihilominus cōtrariū ſæpe judicatū fuiſſe inSenatu Luſitano, teſtatur Cabed. 1.*p. deciſ. Areſt.*47.idéq;tenet Em. Barb. *in Remiſ. ad cit.loc.Ord.*§.3.& Mol.*tom.* 1. *de Iuſt. diſp.*166. *verſ. De jure hujus Regni*, dicēs,quòd pater in eo caſu nihil poteſt relinquere filio naturali. Et ſumitur ex illis verb d Ord.*Se não tiuer filhos alguns, nē outros deſcendentes legitimos*, &c. *poderà dei-*

deixar toda ſua terça, ou parte della aos filhos naturaes. Vbi à contrario ſenſu innuitur, quòd exiſtentibus legitimis deſcẽdentibus nõ poterit relinquere tertiũ, nec partem illius filijs naturalibus. Per hoc tamen non tollitur, quòd poſsit, & teneatur eis relinquere alimenta; nam ſi hæc etiã ſpurijs præſtari debẽt ex diſpoſitione juris Canonici, contra expreſſũ jus Ciuile, vt vidimus *ſup. ſect.* 1. *hujus diſp.* §. 4. à fortiori filijs naturalibus præſtanda ſũt.

414 Præterea verò pro his duabus proximis concluſionibus aduerte primò, quòd vt quis cenſeatur eques, ac nobilis ad effectum, vt ejus filius naturalis ei nequeat ſuccedere, ſicut plebeio, ſeu pediti, juxta d. Ord. non ſatis eſt quòd ſoleat equo incedere quando conficit iter, ſed vlteriùs requiritur, vt non ſit officialis mechanicus, nec habeatur, & tractetur vt pedes, ſeu plebeius. Ita expreſsè habetur *in d. Ordin.* §. 1. Unde infero, quod licèt agricolæ non ſint reuerà mechanici, etiamſi pro tempore, quod illis vacat ab agricultura, in qua maiori anni parte occupãtur, aliquam artem exerceant, vt reſoluit Mexia *tract. taxæ panis, concl.* 6 *n* 27 neque etiam, qui nobiles ſunt, nobilitatem amittant, proprijs manibus agros ſuos excolẽdo, vt ex eodem Mexia, & Guido Pape, notat Emman. Barb. *in Remiſ. ad Ordin. Regiam, d. lib.* 4 *tit.* 92. *in princ. n.* 16. tamen ſi non ſolent equo incedere, vel tractantur vt pedites, filij naturales eis ſuccedunt tanquam plebeijs, de quibus *in* 4. *concluſ.* dictum eſt.

415 Aduerte ſecundò, quòd vnuſquiſque præſumitur plebeius niſi nobilis probetur, vt Gam. tradit *deciſ.* 86. *in fin. & deciſ.* 322. *n.* 2. Mol. *d. diſp.* 166. *verſ. De jure hujus Regni*, & cum alijs Em. Barb. *proximè cit. n.* 7. Quod probatur, per *l. Non ignorat*, & ibi Bald. C. *Qui accuſare non poſſunt*, idemq; tenet idem Bald. *in l. In actionibus*, §. *Planè*, *col* 1, *ff. de In lit. juran.* Ripa *lib.* 1. *reſponſ.* 26. *num.* 2. & Socin. *conſil.* 246. *col.* 1. *volum.* 2.

416 Aduerte tertiò, quod filius naturalis, cujus pater erat plebeius, ſeu pedes, quãdo ei natus eſt, non amittet ejus hæreditatem, quamuis pater poſtrà fiat eques, vel alterius maioris conditionis, ſed perinde illi ſuccedet, vel in totum, vel in partem, acſi ille tempore mortis plebeius eſſet. Sic expreſſè habetur *in d. tit* 92 *Ordin. Luſit.* §. 2. Unde argumento à contrario ſenſu colliges, contrarium eſſe dicendũ, ſi pater jam erat nobilis, ſeu eques, quando ille filius natus eſt, quamuis antea fuiſſet plebeius etiam ipſo filio jam concepto. Quo pacto etiam nihil tali filio officiet ad ſuccedendũ patri, quòd pater fuiſſet eques, quando ipſe filius cõceptus eſt, ſi tempore quo eſt natus, pater fuerit pedes, vel officialis mechanicus. Quia in hoc negotio ſolùm inſpicitur tempus natiuitatis filiorum, ſatiſque eſt quòd pater tũc ſit officialis mechanicus ad hoc vt filius naturalis ei ſuccedat, ſicut legitimus, vt conſtat ex *d. tit.* 92. §. 1. Et quidem nobilis exercens officium mechanicum, nõ vtitur priuilegio nobilitatis, vt ex Tiraq. Thom. Valasc. & Guttier. notat Emman. Barb. *in Remiſſ. ad Ord. Reg. d.* §. 1 *n.* 2.

Aduertè quartò, non ſatis eſſe, quod pa- 417
ter ſit clericus in minoribus, ad hoc vt ad prædictũ effectũ cenſeatur eques, vt expreſsè habetur *in d. tit.* 92. §. 1. *in fine.*

Sexta concluſio. Quod ſupra in 4. con- 418
cluſione dictũ eſt de filijs naturalibus hominis plebeij juxta Ordinat. Luſit. nam, pari modo juxta eandem Ordinationem procedit in nepotibus naturalibus reſpectu aui paterni, ſi erat plebeius, quando illi nati ſunt. Hanc concluſionem deſumo ex Mol. *d. diſp.* 166. *verſ. Cũ verò Ordinationes*, vbi abſolutè docet, quòd in hoc Regno tũc nepos, aut pronepos naturalis poteſt ſuccedere auis, aut proauis ex parte patris, quando juxta *d. Ord.* ſuccedere eiſdem poteſt filius eorũ naturalis. Item ex Gam. *deciſ.* 312 *n.* 4. *& deciſ.* 317 *n.* 2. *& ſeq.* vbi reſoluit, & latè probat, d. Ordinat. Luſit. loquentem in filio, etiam in nepote intelligendam eſſe, teſtaturq; ita judicatũ fuiſſe in multis proceſsibus, quos vtrobiq; ſingillatim refert. Idẽ omnino tradit Cab. 1. *p. deciſ.* 100. *à n.* 8 qui etiã *n.* 13. *in fin.* teſtatur, pro hac parte fuiſſe judicatũ in Senatu. Vnde non ſolùm pro hac par-

te habemus d. Ordinationem, ſed etiam praxim, quæ eſt optima legum interpres, & quando in tribunalibus eſt vniformiter recepta, pro lege etiam habetur.

Fundamenta præcipua, quibus Gama,
419 & Cabedo præfatam ſuam reſolutionem probant, ſunt duo, quæ noſtram etiam concluſionem confirmant. Primum eſt, quia filius naturalis hominis plebeij, eo ipſo quòd per d. legem admittitur ad ei ſuccedendum, vt legitimus, & ſimul cum legitimis, cenſetur legitimatus per ipſam legem, non minùs quàm ſi per reſcriptum Principis legitimaretur: legitimatus autem per reſcriptum, non ſolùm fit legitimus reſpectu patris, ſed etiam reſpectu agnatorum, inter quos eſt auus, ad hoc vt eis ſuccebilis ſit; &, ſi habeat filios legitimos, etiam hi euadunt legitimati reſpectu aui, vt ei poſsint ſuccedere, tanquam legitimi, vt tradidimus *§. præced. numer.* 380. & 381. Quare ſiue nepos ſit naturalis ex filio legitimo, ſiue ex filio naturali, legitimus cenſetur reſpectu aui plebeij: quemadmodum reſpectu patris, & ita nō minùs eſt illi ſucceſsibilis, juxta prædictam legem, quàm ipſi patri.

420 Secundum eſt, quia prædicta Ordinatio, quatenus filios naturales hominis plebeij ad ejus ſucceſsionem admittit ac ſi eſſent legitimi, eſt fauorabilis, vt bene declarat Gama *d. deciſ.* 317. *num.* 3. & à nobis *ſup. n.* 410. *traditum eſt.* In fauorabilibus autem nomine filiorum veniunt etiā nepotes, *l. Iuſta interpretatione, ff. de Verb. ſignif. l. Filij appellatione, & l. Liberorum*, vbi Barth. *eod. tit.* Ergo in d. Ordinat. nepotes etiam comprehenduntur, & ſic quemadmodum ibi admittuntur filij naturales ad ſucceſsionem patris, ita etiam admittuntur nepotes ad ſucceſſionem aui; & conſequenter, quemadmodum tales filij neceſſariò debent inſtitui hæredes in teſtamento patris, vt in quarta concluſione traditum eſt, ita etiam debent inſtitui nepotes in teſtamento aui. Quæ omnia procedūt, tam reſpectu aui, quàm auiæ paternæ, vt excitando quæſtionem circa ſucceſsionem ab inteſtato, quæ his filijs & nepotibus competit ex vi præfatæ Ordinationis, aduertit Cabedo *d. deciſ.* 100. *in princ.* & quidem eadem de vtroque auo, & reliquis aſcendentibus ex parte patris eſt ratio, vt etiam intellexit Molina *vbi ſup.*

Dixi in prædicta concluſione, *Si auus erat plebeius, quando nepotes nati ſunt*: 421
quia ſi tunc erat nobilis non habet in eo locum præfata Ordin. Luſit. vt notat Gama *deciſ.* 312. *ad finem*, vbi teſtatur, ita fuiſſe judicatum; & patet, quia cùm nepotes in d. Ordin. veniant nomine filiorum, ſanè vt in ea filij naturales non admittuntur ad ſucceſsionem patris, niſi ſit plebeius, quando illi nati ſunt, ita pariter tenendum eſt in nepotibus reſpectu aui.

Hoc autem intelligo, ad hoc vt nepo- 422
tes jure proprio, & propriâ perſonâ ſuccedant auo, nam ex perſona patris, ſeu ex jure ab ipſo patre ad eos tranſmiſſo, credo, quòd interdum etiam auo nobili ſuccedere poterunt: nam ſi nepos ſit naturalis ex filio legitimo, & plebeio, vel officiali mechanico, cujus pater ſit eques, & ipſe filius poſt patrem decedat, non adita ejus hæreditate, ſiue quia volebat circa eam deliberare, ſiue aliâ de cauſa, non eſt cur in tali caſu illa hæreditas non tranſmittatur ad eum nepotem ex jure deliberandi, vel ex jure ſanguinis; cùm ille ſit hæres ſui patris, eique maximè conjunctus ſanguine; & hæreditas in talibus euentibus tranſmittatur ad hæredes, vel conſanguineos ejus, qui ante eam aditam deceſsit, vt eſt notiſsimum. Vnde etiam, quando ille filius legitimus ante patrem deceſſerit, videri alicui poteſt, quòd nepoti naturali ab eo relicto, hoc ipſo quòd per d. Ordinationem ei eſt ſucceſsibilis, tanquam legitimus, cōpetit jus repræſentationis ad ſuccedendū auo, etiam nobili, quemadmodū ejus pater ſi viuus eſſet, illi ſuccederet, & ad excludendū ab ejus hæreditate, quos ille excluderet; juxta text. *in §. Cum filius, Inſt. de Hæred. quæ ab inteſtato defer. & in l. Si auus tuus, C. de Liber. præter.* Et quidem Gam *deciſ.* 317. *n.* 2. & Cabed. 1. *p. deciſ.* 100. *n.* 13. ſpectata d. Ordinatione Luſitana, hujuſmodi repræſentationem in filijs naturalibus ple-

plebeiorum ad ſuccedendum auis agnoſcunt. Verùm hoc nulla ratione admitto, quia nepos ſuccedens auo per repræſentationem patris, non ſuccedit ex perſona ipſius patris, ſeu ex jure ab eo tranſmiſſo, cùm pater nullum proprium jus habuerit ad ſucceſsionem aui, ſed tantùm ſpem fragilem in caſu quo fuiſſet illi ſuperſtes, ſed ſuccedit jure proprio, & propria perſona locum patris occupante. Barthol. *l. 1. §. Si ſit nepos, ff. de Collat. dotis, & in l. 2. Cod. de Liber. præter.* Vbi etiam Baldus, & Iaſon, Cabed. *d. num.* 13. *ad fin.* Pichar. *Inſtit. de Hæredit. quæ ab inteſtato, §. Cum filios, num.* 7. In dicta verò Ordinatione non habilitatur perſona filij, vel nepotis naturalis ad ſuccedendum, tanquam legitimus, niſi reſpectu patris, vel aui, qui fuerit plebeius tempore natiuitatis illius: neque Gama, & Cabedus dictam repræſentationem admittunt, niſi reſpectu talis aui.

423 Dubitabis verò, vtrum filius naturalis viri nobilis, ſeu equitis habens tamen auum plebeium, vel mechanicum, ſuccedat ipſi auo, juxta prædictam Ordinationem, quemadmodum ſuccederet patri, ſi is eſſet plebeius? Reſpondeo affirmatiuè, quia quòd talis nepos non ſit ſucceſsibilis patri, ſolùm efficit vt non poſsit ſuccedere auo ex perſona patris, jurevè ab eo tranſmiſſo, non verò tollit quominus ſuccedere illi poſsit ex propria perſona, quemadmodum legitimi nepotes ſuis auis ſuccedunt, patribus de medio ſubductis, vt proximè dictum eſt.

424 Quod attinet ad nepotes naturales, reſpectu auorum nobilium, ſeu equitum, ſpectatâ dict. Ordinatione Luſitana, dicendum ſimiliter videtur, in eis etiam procedere, quæ in concluſ. 5. de filijs naturalibus reſpectu patrum nobilium dicta ſunt; cùm dicta Ordinatio de illis filijs loquens nepotes etiam videatur comprehendere. Neque obſtat, quòd de jure communi aliud pro filijs, & aliud pro nepotibus naturalibus conſtitutum ſit, juxta opinionem, quam magis probauimus, *n.* 402. nam hoc ideo eſt, quia ipſum jus cõmune aliud expreſsè diſponit in filijs, atque in nepotibus vt *d. num.* 402. oſtenſum eſt. At verò d. Ordinatio Luſitana nihil circa nepotes expreſsè diſponit, & ideo cùm de filijs loquitur, illos etiam cenſetur comprehendere, quemadmodũ vbi agit de filijs naturalibus hominis plebeij, de nepotibus etiam intelligitur, vt ſupra dictum eſt, & praxis ipſa interpretata eſt, nihil obſtante, quòd d. jus commune diuerſo modo circa illos diſponit.

42 De ſucceſsione autem horum filiorum, & nepotum in bonis matris, & aliorum aſcendentium ex linea materna, nihil jus Luſitanum diſponit: & ideo quoad illam ſtandum erit diſpoſitioni juris communis *ſup. in concluſ.* 3. explicatæ, vt aduertit Molina *d. diſp.* 166. *verſ. Cum verò Ordinationes.*

426 Illud tandem circa dictum jus Luſitanum notandum eſt, licèt, quod in eo ſtatuitur, vt filij naturales hominis plebeij ſuccedant patri, quemadmodum legitimi, intelligatur de filijs naturalibus, qui tales de jure Canonico reputantur, vt *ſect. 1. hujus diſp. §. 2. num.* 32. dictum eſt, attamen limitandum id videri, vt non procedat in ijs, qui geniti ſunt ex pluribus cõcubinis, quas pater eodem tẽpore apud ſe haberet, vt *cit. loc.* aduertimus.

427 Circa ſucceſsionem ab inteſtato horum filiorum, licèt aliquid ex occaſione tetigerimus, ſecundùm jus Luſitanum, non oportuit tamen hic immorari; cùm præſentis inſtituti ſolùm ſit, vtrùm oporteat, vel permiſſum ſit, hos filios inſtitui hæredés in teſtamento parentum, aliquidue eis relinqui? Agitur autem nouiſsimè de illa ſucceſsione *in Auth. Quib. mod. nat. effician. ſui, §. Diſcretis, & ſeq.* ac de ea tractant communiter Inſtitutarij *ad tit. de Hæreditatibus, quæ ab inteſt. defer.* ibi Pichar. *in Rubr.* §. 6. latè illam explicat, tum prout olim de jure antiquo admittebatur; tum prout hodie ſe habet, tam ſecundùm jus cõmune, quàm regni Caſtellæ. De quo etiam Couar. *Epit. in 4 lib. Decr. c* 8 § 4 Rojas *Epit. de Succeſ. c.* 13. Ant. Gom. & cæteri Tauriſtæ *ad l 9. Tauri*, Molin. *d. diſp.* 166 *concl* 4. *& ſeqq.* alij paſsim.

Quod verò attinet ad ſpurios, an, quã-do; & quantum poſsint capere ex teſtamento parentum, vel auorum, jam ſatis longè opportunius dictum eſt *ſect.* 1. *hujus diſp.* §. 2. *& ſeqq.*

§. 14. *Vtrum filij adoptiui ſint neceſſariò inſtituendi in teſtamento parentum legalium, à quibus adoptati ſunt.*

SUMMARIUM.

Adoptio, latè ſumpto vocabulo, quid ſit? & quæ fuerit ratio eam introducendi? num. 428.

Adoptionis latè, ſeu in genere acceptæ, duplex eſt ſpecies: altera dicitur Arrogatio: altera Adoptio, preßè ſumpto vocabulo ſui generis. Et quæ ſit propria vtriuſque ratio? num. 429.

Arrogatio, & adoptio preßè in multis differunt: & quæ ſint earum differentiæ? num. 429. *& multis ſeqq.*

Etiam impubes arrogari poteſt, ſi modò ſeptimum ætatis annum excedat, multæque ſolemnitates ad talem arrogationem requiruntur. Et quæ illæ ſint? num. 433.

Per arrogationem bona arrogati acquiruntur hodie arrogatori quoad vſumfructum. Bona verò adoptati nullo modo per adoptionem acquiruntur adoptanti, niſi is ſit illius auus; numer. 434.

Arrogatus, & ejus liberi, ſi quos in poteſtate habeat, tranſeunt in poteſtatem arrogantis: ſecus verò in adoptato, niſi adoptans ſit ejus aſcendens, & quando id procedat? num. 435.

Vt arrogatio per emancipationem dißoluatur, requiritur juſta cauſa, eaque priùs cognita, & approbata per judicem. Adoptio autem ſolâ liberâ voluntate adoptantis dißolui poteſt; numer. 436. *Explicatur prædicta differentia arrogationis; num.* 437. *Quæ cenſeatur cauſa juſta, vt arrogatio diſſolui poſsit per emancipationem, arrogato inuito? num.* 438. *Vtrum etiam quando adoptatus tranſit in poteſtatem adoptantis, poſsit adoptatio diſſolui libera voluntate ipſius adoptantis? numer.* 439. *& ſeqq. Quanuis adoptio liberè diſſolui poſsit ab adoptante, neceſſaria tamen eſt judicis authoritas; num.* 441. *Ad diſſoluendam arrogationem, non requiritur authoritas Principis, ſatis eſt authoritas judicis; numer.* 442.

Vtrum ad diſſoluendam adoptionem per emancipationem requiratur conſenſus filij adoptati? num. 443.

Quæ perſonæ poſsint, vel non poſsint arrogare, vel adoptare? numer. 445. *& ſeqq.*

Quæ perſonæ arrogari, vel adoptari poſſint? num. 446.

Poſtea inuenies aliud ſummarium.

POſt filios naturales tantùm, ſequitur vt dicamus de legitimis tantùm, quales ſunt adoptiui (ſub quibus etiam arrogatos comprehendimus) an oporteat eos inſtitui hæredes in teſtamento parentum legalium, à quibus ſunt adoptati?

Ante omnia igitur ſciendum, adoptio- 428
nem, latè ſumpto vocabulo, definiri communiter à Iuriſperitis; *Eſt actus legitimus, per quem fit filius, vel nepos, qui non eſt, penè naturam imitans.* Clarius autem à D. Thoma *in* 4. *diſt.* 42. *q.* 2. *art.* 1. & TT. communiter; *Eſt extraneæ perſonæ in filium, vel nepotem, vel deinceps, legitima aſſumptio.* Dicitur, *Extraneæ perſonæ*, ideſt, quæ non ſit in poteſtate adoptantis, ſiue ſit conſanguinea, ſiue nõ. Dicitur, *In filium, vel nepotem, vel deinceps*, quia non poteſt quis adoptari in fratrem, vel parentem, *l. Nec apud, Cod. de Hæred. inſtit.* Dicitur denique, *Legitima aßumptio*, ideſt, electio, quæ fit ſecũdùm formam à legibus præſcriptam: cùm enim per leges introducta fuerit, debet in ea ſeruari illarum forma: alioqui legales effec-

effectus non habebit. Ratio autem eam introducendi fuit, vt homines, quibus innata eſt propenſio propagandi ſuam ſucceſsionem, ſi naturales liberos non habeant, hujus voti compotes fieri poſſent, adoptando alios in liberos, [arte naturam imitante, ejuſque defectum ſupplente. Vnde notat bene Sanch. *lib. 7. de Matrimon. diſp. 63. num. 1. in fine*, adoptionẽ eſſe quandam legalem, ſeu artificialem generationem.

429 Sciendum prætereà, duas eſſe præfatæ adoptionis ſpecies: altera dicitur Arrogatio, accepto vocabulo ex modo, quo fieri debet; qui eſt, vt & is qui adoptat rogetur, (ideſt, interrogetur) an velit eum, quem adoptaturus eſt, legitimum ſibi filium eſſe; & is qui adoptatur, rogetur, an id fieri patiatur, *l. 2. ff. de Adoption.* Altera dicitur ſimpliciter Adoptio, preſſè ſumpto vocabulo ſui generis; quod nouum non eſt. Inter quas ſpecies multiplex intercedit differentia. Primò enim differunt, quia arrogatio ſolùm competit iis, qui ſunt ſui juris, (ideſt, qui non ſunt in poteſtate alterius) adoptio autem eſt eorum, qui ſunt in poteſtate parentum, ſiue in primo gradu, vt filius, vel filia, ſiue in alio vlteriore, vt nepos, neptis, pronepos, proneptis, *§. Adoptio, Inſtitut. de Adoptionibus.*

430 Secundò differunt, quia per arrogationem tranſit arrogatus in poteſtatem arrogantis: per adoptionem verò filius, qui adoptatur, non tranſit in poteſtatem adoptantis, ſed manet ſub poteſtate parentis naturalis, niſi adoptans ſit auus maternus, vel alius aſcendens, ſub cujus poteſtate pater non ſit, *l. Si paterfamiliâs, l. Arrogato patre, ff. de Adoption. l. Cum in adoptiuis, §. Si verò pater naturalis, Cod. eod. tit. §. Illud proprium, & §. Sed hodie, Inſtit. eod. tit.*

431 Tertiò differunt, quia per adoptionem, non fit adoptatus hæres neceſſarius adoptantis ex teſtamento, ſed tantùm ab inteſtato, *§. Sed hodie, Inſtit. de Adopt. §. Sed ea omnia, Inſtit. de Hæredit. quæ ab inteſt. defer.* per arrogationem verò, non ſolùm fit arrogatus hæres neceſſarius arrogatoris ab inteſtato, vnà cum filijs ejus legitimis & naturalibus, æquis portionibus, quemadmodum adoptiuus, *l. Si te parens, Cod. de Suis, & legitim. liber. cum ſimilib.* ſed etiam ex teſtamento habere debet quartam partem bonorum illius, *l. Si arrogator, ff. de Adoption. l. Papinianus, §. Si quis impubes, ff. de Inoffic. teſtam. d. l. 2. Cod. de Adoption. l. vltim. ff. Si quid in fraudem patr. d. l. Si te parens, & alijs juribus*; quæ quidem jura licèt tantummodo loquantur, & procedant in arrogato impubere; attamen etiam puberi, ſaltem illa quarta pro legitima relinqui debet, quemadmodum filijs legitimis, & naturalibus, vt infra explicabitur, & notat Oſualdus *in not. ad Donel. enucleat. lib. 2. cap. 23. lit. K.* & Pichar. *in §. Mortuo, num. 31. Inſtit. de Acquiſit. per arrogationem.* Intellige autem, hanc differentiam, vt non procedat in caſu, quo filius eſt adoptatus ab auo, vel alio aſcendente, in cujus poteſtatem tranſit; nam tunc, tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento, ſicut in arrogatione, auo adoptanti ſuccedit, *d. §. Sed ea omnia, Inſtit. de Hæred. quæ ab inteſt. defer.*

Quartò differunt, quia arrogatio fit 432
authoritate ſolius Principis: adoptio verò fieri poteſt authoritate cujuſuis judicis competentis; penès quem tamen ſit juriſdictio meri, & miſti imperij, *l. 1. Cod. de Adoptionib. §. Adoptio, Inſtit. eod. tit.*

Quintò differunt, quia ad arrogatio- 433
nem requiritur expreſſus conſenſus tam arrogantis, quàm arrogati, vtpote qui expreſsè debent interrogari, & reſpondere, ſe velle eam fieri, *d. l. 2. ff. de Adoption.* in adoptione autem non requiritur conſenſus vtriuſque expreſſus, ſed ſufficit præſumptus ex parte adoptati, *l. In adoptionibus, l. Si pater naturalis, ff. de Adopt.* Vnde infans non poteſt arrogari, bene tamen adoptari, *d. l. In adoptionib. juncta Gloſſa, ibi & l. Etiam infanti, juncta Gloſ. ibi, ff. eod.* qui autem impubes eſt, ſi ſeptimum ætatis annum excedat, arrogari poteſt; vt autem ejus arrogatio fiat, neceſſaria eſt cauſæ cognitio, in

qua multaſunt inueſtiganda, & expen-
dendo, quæ habentur *in l. Nec ei, ff. de
Adoption. & §. Cum autem impubes,
Inſtit. eod. tit.* rectèque explicantur à
Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp.* 227. *verſ.
Quia ergo*: ac prætcrea neceſſarium eſt, vt
coram publico tabellione arrogator cau-
tionem præſtet de bonis arrogati impu-
beris, ſi ſe viuo ante pubertatem moria-
tur, reſtituendis ijs, ad quos ea bona per-
uentura erant, ſi arrogatio facta non fuiſ-
ſe,, *l. 2. & l. Si pater*, 15. *§. In arrogatio-
nibus, d. l. Nec ei, §. Eorum, & l. Non
aliter*, 18. *cum ſeq. ff. de Adoption. d §.
Cum autem impubes, Inſt. eod. tit.* in ar-
rogatione autem puberis hæc minimè re-
quiruntur: ſed ſatis eſt, de ejus, & arro-
gantis voluntate dicto modo eos interro-
gando cognoſcere; quia pubes jam ſibi
prouidere poterit, cùm jam animi judici-
um habeat, *§ 1. Quibus non eſt permiſſ.
facere teſtament.* & ita declarat Pichar.
in dict. §. Cum autem, ſub num. 2.

434 Sextò differunt, quia per arrogatio-
nem omnia bona arrogati olim acquire-
bantur arroganti, *l. Si paterfamiliàs, l.
Arrogato patre, ff. de Adoption. l. Si
adoptauero, ff. de Precario, l. In arroga-
torem, ff. de Peculio*: hodie verò, ſolùm
ei acquiruntur quoad vſumfructum, *Inſt.
de Acquiſit. per arrogationem, in prin-
cip.* ad ſimilitudinem, ſcilicet filiorum na-
turalium, in quibus ſimilis correctio fac-
ta eſt, vt jam eorum bona, non quoad
proprietatem, ſed tantùm quoad vſum-
fructum pertineant ad patrem, *l. 2. l. Cum
oportet, Cod. de Bonis, quæ liber. l. 1. l. Si
viua matre, Cod. de Bon. mater. §. Igi-
tur, § Hoc quoque, Inſtit. Per quas per-
ſonas nob. acquir.* Per adoptionem au-
tem nihil omnino de bonis adoptati in
adoptantem tranſit, *§. Sed hodie, Inſtit.
de Adoption. l. Cum in adoptiuis, in prin-
cip. Cod. eod. tit.* & notat Curuin. *in ſuo
Enchiridio ad hunc tit. in quæſt. Quæ
ſunt ſingularia in arrogatione!* Id verò
intellige, niſi ab auo, aliouè vlteriore aſ-
cendente, eſſet adoptatus; nam tunc eti-
am adoptanti vſusfructus bonorum
adoptati acquiritur, *d. l. Cum in adopti-
uis, in princip.* & ibi Gloſ. *verb. Acquir.
Cod. de Adoption.*

Septimò differunt, quia per arrogatio- 435
nem etiam liberi, quos arrogatus in po-
teſtate habebat, tranſeunt in poteſtatem
arrogantis, *§. Illud proprium, Inſtit. de
Adoption.* Per adoptionem verò, vt
perſona adoptati, ſic nec liberi illius in
poteſtatem adoptantis tranſeunt, ſi is ſit
extraneus: ſi autem fuerit auus, vel alius
aſcendens, in cujus poteſtatem adopta-
tus tranſit, filij, qui ipſi adoptato nati fu-
erint poſt adoptionem, ſub poteſtate
adoptantis conſtituuntur: qui verò jam
erant nati, vel concepti manent in poteſ-
tate patris naturalis, ſub qua ipſe adopta-
tus, & ejus liberi antea erant, *§. pen. Inſt.
Quib. mod. patr. poteſt. ſol.*

Octauò differunt, quia arrogatio non 436
diſſoluitur, niſi ex cauſa juſta, & legitimè
coram judice probatâ: Molina *d. diſp.
227. verſ. Arrogator extrahere*, & Donel.
lib. 2. de Iure Ciuili, cap. 23. ad finem,
per text. *in §. Item non aliter, Inſtit. de
Adoption.* Conſonat Rojas *in Epit. ſuc-
ceſſ. cap. 16. num. 18. differ.* 8. dicens
abſolutè per eundem textum, quòd arro-
gatio ſine juſta, & legitima cauſa non diſ-
ſoluitur. Adoptio verò pro voluntate
adoptantis abſque alia cauſa diſſolui po-
teſt, vt notant Molina *d. diſp. 227. verſ.
Quando is, qui hoc pacto, ſtatim poſt
princip. & verſ. ſeq. ad med.* Rojas *vbi
ſup.* Pichar. *in d. §. Item non aliter*, &
alij per text. *in l. penult. Cod. de Adopt.*
vbi dicitur tantam eſſe fragilitatem adop-
tionis, vt poſsit vno & eodem die, & fili-
us fieri, & extraneus per emancipationem
inueniri. Quod procedit, etiam ſi adop-
tans ſit auus in cujus poteſtatem adopta-
tus tranſit, cuique vſusfructus omnium
bonorum adoptati acquiritur, vt planè
colligitur ex *d. l. penult. in princip.* & no-
tat in ſpecie Molina *loc. proximè citat.*

Hæc tamen differentia magnâ expli- 437
catione indiget. Quia in primis, quòd
requiratur cognitio cauſæ, vt arrogatio
ſoluatur, non videtur habere locum, niſi
in arrogatione, qua impubes arrogatus
eſt. Nam de hac tantùm loquitur textus
in

in d. §. Item non aliter, idque ex ſpeciali ratione, quam reddit Pichar. *ibi num.* 4. quia ſcilicet arrogatio impuberis fieri nõ poteſt, niſi præuia cognitione cauſæ, vt *num.* 433. dictum eſt: omnis autem res per quaſcumque cauſas naſcitur per eaſdem diſſoluitur, *cap.Omnis res,de Regul. jur. in 6.* Quæ ratio minimè procedit in arrogatione puberis; cùm hæc cauſæ cognitionem non requirat, vt *eodem, num.* 433. diximus. Alij etiam textus hanc ſolemnitatem poſtulantes ad emancipationem arrogati, determinatè loquuntur de arrogato ante pubertatem, vt text. *in l. vltim. ff. Siquid in fraudem patron. & in l. Nonnunquam, ff. de Adoption.* Vnde cùm non appareat aliud jus, nec par ratio, ex qua hæc diſpoſitio ad quamlibet arrogationem extendatur, ſtatuendum videtur, dictam cognitionem cauſæ ſolùm requiri ad emancipationem arrogati, qui erat impubes quando ſe in arrogationem dedit, vt declaratur *in d. l. Nonnunquam*, ibi; *Impubes,qui adoptatus eſt*, (ſcilicet per arrogationem, vt ibi notat, Acurſ.) *audiendus erit, ſi pubes factus emancipari deſideret, idque cauſâ cognitâ per judicem ſtatuendum erit*. Ex quo textu patet, etiam in pubere habere locum dictam ſolemnitatem, ſi ante pubertatẽ arrogatus eſt, cùm ejus arrogatio, non niſi cauſâ cognitâ fieri potuerit.

438 Quæ autem cauſa ſit juſta, vt arrogator poſsit arrogationem diſſoluere, ejuſque beneficio arrogatum priuare, attingit textus *in d. §. Item non aliter*, dicens debere eſſe talem, vt eâ cognitâ dignus emancipatione arrogatus judicetur, vbi Gloſ. *verb. Niſi cauſa*, declarat cauſam juſtam ad hunc effectum cenſeri, ſi arrogatus ita offendiſſet arrogatorem, vt ab eo exhæredari potuerit. Conſonat Rojas *Epit. de Succeſsion. cap.* 17. *num.* 26. dicens arrogatum emancipari ab arrogatore ob eaſdem cauſas ingratitudinis, propter quas filius legitimus, & naturalis exhæredari poteſt: ego verò magis ad mentem dict. Gloſſæ dicerem, ad arrogatum ipſo inuito emancipandum, requiri quidem, & ſufficere cauſam, ex qua ipſe arrogatus mala mente exhæredari poteſt ab arrogatore, quia ejuſmodi emancipatio, & exhæredatio à pari procedunt, vt patet *ex l. Quidam cum filium.* 132. *§. Quid ergo, ff. de Verbor. obligat.* ibi; *Quid ergo dicemus, ſi & meruit exhæredari, vel emancipari? idem quippe nocumentum inferunt*; cæterùm minorem cauſam ingratitudinis ſufficere ad exhæredandum ejuſmodi filium adoptiuum, quàm legitimum & naturalem, vt ipſe Rojas *loc. cit.* fatetur, ne eundem effectum veritas, & fictio operetur. Cenſeo itaque non tantùm celebres quatuordecim cauſas, ex quibus filij legitimi, & naturales exhæredari poſſunt, juxta *Auth. Vt cum de appellat. cognoſc. §. Cauſas autem*, de quibus *ſupra, §.* 7. dictum eſt, ſed etiam ex alijs ſimilibus, & aliquantò etiam minoribus prudentis arbitrio relictis, & exhæredari, & emancipari poſſe ab arrogatore quemlibet arrogatum, quantumuis inuitum, idque ſiue ante, ſiue poſt pubertatem, ſe in arrogationem dederit: quia vt nullus arrogatus exhæredari poteſt ab arrogatore abſque juſta cauſa, ita nec emancipari, vt conſtat ex *d. l. Quidam cum filium*, eſtque communis ſententia.

Deinde, quòd adoptio preſsè ſumpta diſſolui poſsit pro libito adoptantis, ſic intelligendum eſt, vt ad id faciendum nõ ſit neceſſaria juſta aliqua cauſa, vel culpa ex parte adoptati. Quod quidem in adoptione facta ab extraneo, ſeu eo, qui non eſt auus, vel proauus adoptati, nullam habet difficultatem; quia cùm hodie per talem adoptionem non amittat adoptatus jus ſuccedendi patri naturali, neque acquirat jus ad ſuccedendum ex teſtamento in bonis, vllaué parte bonorũ patris adoptiui, ſed ſolùm ad ſuccedendũ illi ab inteſtato, vt ex ſupra dictis conſtat & habetur *in §. Sed hodie Inſtit. de Adoption.* nihil prorſus obſtat, quominus pater adoptiuus pro ſua voluntate, abſque alia cauſa, poſsit eum emancipare, cùm per hoc eum tantummodo priuet ſua ſucceſsione ab inteſtato, quod liberè efficere poteſt, condendo teſtamentum, in quo nihil ei relinquat. Difficultas verò eſt in 439

adop-

adoptione, qua auus, vel proauus nepotem ſibi adoptauit, quia per hanc amittit adoptatus jus ſuccedendi patri naturali, ſi ea durante, illi ſuperuiuat, vt diximus *ſup. §. 5. num.* 231. & conſtat per text. *in l. penult. Cod. de Adoption. & d. §. Sed hodie, Inſtit. eod.* Vnde ſi adoptans liberè poteſt talem adoptionem diſſoluere, contingere poterit, vt adoptatus abſque vlla ſua culpa maneat priuatus tam hæreditate patris naturalis, quàm adoptiui, ſi nimirum is adoptionem liberè diſſoluat emancipando adoptatum poſt mortem patris naturalis, quod magnum eſt inconueniens, vt patet.

Nihilominus tamen hanc etiam
440 adoptionem pari facilitate diſſolui poſſe, atque factam ab extraneo, conſtat per *d. l. penult.* Et ad prędictum inconueniens omiſsis alijs reſponſionibus, quas affert Gloſ. *in d. l. penult. verb. Reuerti*, reſpondetur, non eſſe veroſimile, quòd auus, vel proauus adoptatum nepotem irrationabiliter emancipaturus ſit: proindeque ſatis auitâ, vel proauitâ affectione eum manere protectum, ne illud inconueniens patiatur, vt in *eadem l. penult.* dicitur. Sic d. Gloſ. *in vltim. reſponſ.* & Molina *d. diſp.* 227. *verſ. Quando autem auus.* Quod ſi nihilominus talis nepos ab auo, vel proauo emancipetur, tunc fatendum, ab vtraque hęreditate eum manere excluſum; ſi aliàs loco patris prædefuncti ſucceſſurus non eſſet aſcendenti, qui eum adoptauerat, vt ſi fuiſti adoptatus à proauo, qui te poſt mortem tui patris emancipauit, viuente adhuc auo ejus filio: in quo caſu ei ſuccedit ipſe auus, & non tenetur tibi aliquid relinquerę. Et ſic tam patris naturalis, quàm adoptiui hęreditatem amittis: ſecus verò eſt, ſi vel emancipatus fuiſti viuente adhuc patre tuo naturali; quo caſu in ejus poteſtatem reincidis, & jus ei ſuccedendi recuperas, *d. l. penult. in fine, princip. juncta Gloſ. ibi, verb. Reuerti.* vel emancipatus es poſt mortem tui patris, auo jam non exiſtente; in quo caſu ſuccedis proauo loco tui patris, cùm nemo ſit in medio, à quo ab illius ſucceſsione excludaris: d. Gloſ. *vbi ſup.*

Cæterùm, quamuis nulla juſta cauſa, 441
vel culpa ex parte adoptati requiratur ad eum emancipandum, ſed ex ſola voluntate adoptantis id fieri poſsit; tamen vt adoptio reipſâ maneat diſſoluta, & extincta, neceſſaria eſt judicis authoritas, vt bene cum Hoſtienſi, Ioan. Andr. Alex. de Neuo, & Præpoſ. aduertit Sanch. *lib. 7. de Matrimon. diſp.* 63 *num.* 25. quia cùm adoptio fieri nequeat abſque judicis authoritate, non poteſt abſque illa diſſolui, juxta regulam, quòd omnis res per quaſcumque cauſas naſcitur, per eaſdem diſſoluitur, *cap. Omnis res, de Regul. jur. in 6.*

Hinc autem non inferas, ad ſoluendam 442
arrogationem, quæ ſolâ Principis authoritate fieri poteſt, *§. 1. Inſtit. de Adoption.* vltra prædictam cauſam juſtam, ejuſque cognitionem, neceſſariam quoque eſſe authoritatem Principis. Nam prædicta regula, *Omnis res*, fallit in hoc caſu, vt conſtat ex *l. Adoptatum*, 9. *& ibi Gloſ. Cod. de Adoption.* quo pacto etiam ad reuocandum teſtamentum Principis authoritate conditum, neceſſaria non eſt illius authoritas, *l. Si quis, Cod. Qui teſtament. facere poſ. l. Omnium, Cod. de Teſtament.* ſemper autem vt arrogatio per emancipationem diſſoluatur, neceſſaria eſt judicis authoritas, quemadmodum in adoptione; quia debet diſſolui ſolemniter, vt indicatur *in d. l. Adoptatum*: quod non poteſt intelligi de alia ſolemnitate, niſi quòd fiat authoritate judicis, idque cauſâ cognitâ, ſi agatur de diſſoluenda arrogatione facta impuberi, vt ex ſupradictis conſtat.

Præterea, non caret difficultate, vtrùm 443
ad ſoluendam adoptionem per emancipationem, requiratur etiam voluntas, ſeu conſenſus filij adoptati? Quam quæſtionem controuertit Gloſſa *in d. l. penult. verb. Reuerti, Cod. de Adoption.* Omiſſâ verò controuerſiâ, placet aſſerere, nõ requiri adoptati conſenſum. Quod deſumo ex *d. l. penult.* quatenus dicit, tãtam eſſe fragilitatem adoptionis, *vt poſſit in ipſo die, & filius fieri, & extraneus*

per

per emancipationem inueniri: vbi planè indicatur, potuiſſe adoptionem ſolui de voluntate ſolius adoptantis, ipſo filio adoptato inſcio, ac minimè conſentiente; nam quod non poteſt ſolui, niſi ex conſenſu duorum, fragile non eſt; vt patet in contractibus, qui non dicuntur fragiles, ſed potiùs firmi & ſtabiles, eoquod non niſi de conſenſu vtriuſque contrahentis diſſolui poſſunt. Præterea illud verbum, *Inueniri*, ſatis indicat actum, qui ipſo filio adoptiuo incogitante factus reperitur. Deinde, ſi conſenſus filij eſſet neceſſarius ad ſoluendam adoptionem, non erat cur *in d. l. penult.* ob adoptionis fragilitatem ſtatueret Imperator, vt adoptatus ab extraneo non amitteret jus ſuccedendi patri naturali, ad vitandum periculum, ne ſi poſt mortem patris naturalis emanciparetur, tam ipſius patris naturalis, quàm adoptiui hæreditatem amitteret; quia ſi non poſſet emancipari, niſi ipſe vellet, nullum tale erat periculum, vt patet. Et hanc ſententiam planè tenent Rojas, Molin. & Pichar. *num.* 436. allegati, dum aſſerunt, adoptionem pro voluntate adoptantis diſſolui poſſe.

444 Quaſdam alias differentias inter arrogationem, & adoptionem aſsignat Rojas *ſup. cap.* 16. in quibus, non oportet immorari, quia facilè ex dictis, ac ex dicendis intelligi poſſunt.

445 Sciendum vlteriùs, non cuilibet fas eſſe alium adoptare, vel arrogare. In primis enim ab hoc arcentur, qui ob naturalem defectum generare non poſſunt, non ita vero qui ex accidenti, *§. Sed & illud, Inſtit. de Adoption.* Vnde frigidi, ſeu impotentes per naturam, qui propriè dicuntur *Caſtrati*, minimè poſſunt adoptare; cùm enim adoptio introducta ſit ad imitationem naturæ: inde eſt, vt qui ſecundùm naturam filios nequeunt procreare, adoptare etiam non poſsint. Non prohibentur autem adoptare ſpadones, id eſt, qui arte, vel ferro ſunt caſtrati, neque qui maleficio, aut morbo impediti ſunt, ne poſsint generare; cùm id ex accidenti, non per naturam contigerit; neque etiam clerici in ſacris; vt bene cum alijs notat Molina *d. diſp.* 227. *ad finem*, & Sanch. *lib.* 7. *de Matrimon. diſp.* 63. *numer.* 3. quidquid in contrarium voluerit Pichar. *§. Minorem, num.* 7. *Inſtit. de Adoption.* cùm non per naturam, ſed tantùm ratione voti generare prohibeantur. Arcentur etiam ob eandem rationem imitationis naturæ, qui ad adoptandum, vel arrogãdũ octodecim ſaltẽ annis ætate non præcedunt; cũ vir ante plenã pubertatẽ, quę decimo octauo anno perficitur, ordinariè generare non poſsit, *§. Minorem natu, Inſtit. de Adoption.* Fæminæ quoque neque adoptare, neque arrogare poſſunt, niſi ad ſolatium amiſſorum liberorum, id ei à Principe indulgeatur, *§. Fæminæ quoque, Inſt. eod.* & talis arrogatio ſolùm proderit, vt arrogatus matri adoptiuæ ſuccedere poſsit, non verò vt ſub ejus poteſtate conſtituatur; quia ſi matri id non competit reſpectu filiorum naturalium, multò minus competit reſpectu adoptiuorum: ſic Gloſſa *in d. §. Fæminæ*, Molina *ſup. verſ. Adoptari*, Donel. *lib.* 2. *de Iure Ciuili, cap* 22. Item ſexagenario minori regulariter adoptare non permittitur, *l. Si paterfam. §. vltim. ff. de Adoption.* intereſt enim publicè, vt qui nondum ad eam ætatem peruenerunt, liberis potiùs procreandis, quàm adoptandis alienis operam dent. Dicitur autem, *regulariter*, quia ſi ſubſit juſta aliqua cauſa, vt ſi ſit infirmus, vel perſona conjuncta ei, quam vult arrogare, in quauis minori ætate id ei permittitur *in d §. vltim.* dummodo tamen octodecim annis arrogandum præcedat, vt dictum eſt. Vult autem Sanch. *vbi ſupra*, cum Sylu. quem refert, arrogare non poſſe, qui 40. ætatis annos nactus non ſit: cujus aſſertionis fundamentum ignoro. Tutores etiam & curatores arrogare non poſſunt eos, quorum tutelam vel curam habent antequam ſint maiores 25. annis, niſi priuilegio Principis id eis concedatur, *l. Nec ei, in princip. juncta, l. Nonnunquam, ff. de Adoption.* Excipe verò, niſi jam integrã rationem ſuæ adminiſtrationis reddidiſſent, & tutela, vel cura ceſſaſſet, vt cum Barth. & Gregor. Lop. aduertit Molina *dict.*

d. diſp. 227. *fine, per d. l. Nec ei*, ibi; *Ne fortè ideo eum arroget, ne rationes reddat.* Exceptio quoque eſt in priuigno, *l.* 32. *§.* 1. *ff. de Adopt.* quia ceſſat fraudis ſuſpicio ob affectionem. Requiritur etiam, vt quis poſsit adoptare, vel arrogare, quòd ſit ſui juris, vt tradit Molin. & Sanch. *loc. citat.* Et quidem merito, nam qui ſui juris non eſt, non poteſt habere alium in poteſtate: ob quam rationem fœminæ adoptare non poſſunt, vt dicitur *in d. §. Fæminæ quoque, Inſt. de Adoption.*

446 Sciendum denique, non ſolùm maſculos, ſed etiam fœminas arrogari, & adoptari poſſe, *§.* 1. *Inſtit. de Adopt.* item qui eſt filius, adoptari poſſe in nepotem, & qui eſt nepos, in filium, *§. Licèt autem, & ſeq. Inſtit. eod.* quod procedit ſiue ſit filius, vel nepos naturalis, ſiue adoptiuus. Quia non ſolùm pater, vel auus naturalis dare poteſt filium, vel nepotem in adoptionem; ſed etiam pater, vel auus adoptiuus filium, vel nepotem adoptiuum, ſi cum habet in poteſtate, vt quando adoptans eſt auus maternus, vel alius aſcendēs, in cujus poteſtate naturalis pater non ſit, *§. In primis, juncto, §. Sed hodie, Inſtit. eod.* Pichar. *in §. Minorem, num.* 9. *Inſt. eod.* Cæterùm vt auus naturalis vel adoptiuus nepotem ex filio naturali, vel legitimo, ſeu adoptiuo, in adoptionem dare poſsit, requiritur conſenſus ipſius filij, *l. Cum nepos, 6. ff. de Adopt.* non quidem vt adoptatio conſiſtat, *l.* 11. *ff. eodem*, Donel. *lib.* 2. *de Iure Ciuili, cap.* 22. ſed ne illi filio inuito hæres Suus adnaſcatur, vt fiet, ſi viuente adhuc eo filio adoptio talis nepotis per emancipationem, vel mortem adoptantis diſſoluatur, *§. Sed ſiquis, Inſtit. de Adoption.* & ibi Gloſſa *verb. Conſentire.* Libertum etiam proprium bene quis poteſt adoptare, & arrogare, non ita verò alienum, *l. Si paterfam. §. vltim. in fine, juncta Gloſſa ibi, verb. Nec libertum, ff. de Adoption.* Molina *d. diſp.* 227. *prope finem.* Seruus autem neque proprius neque alienus adoptari, vel arrogari poteſt; eo tamen ipſo, quo proprius ſeruus à Domino adoptetur, vel apud acta filius nuncupetur, libertatem nanciſcitur, *§. vltim. Inſtit. de Adoption. l. vnica, §. Similique modo, Cod. de Latina libert. tol.* Denique vt aliquis adoptari, vel adoptare poſsit, opus eſt vt ſit præſens, nec per procuratorem id expediri poteſt, *l. Neque, & l. Poſt mortem, §. Neque, ff. de Adoption.* Summa Angelica, *verb. Adoptio, num.* 4. Sylueſt. *ibid. q.* 2. *&* 6. Sanch. *lib.* 7. *de Matrim. diſp.* 63. *num.* 3. *fine*, & omnes.

SUMMARIUM.

ADoptati, qui non tranſeunt in poteſtatem adoptantis (quales ſunt, qui adoptantur ab extraneo) non ſunt neceſſariò inſtituendi in ejus teſtamento: ſecus verò qui in poteſtatem illius tranſeunt, vt arrogati, & qui dantur in adoptionem alicui ſuo aſcendenti; num. 447. & ſeq.

Arrogatum impuberem non oportere inſtitui hæredem in teſtamento arrogatoris; ſed ſolùm ei deberi, vt creditori quartam bonorum ipſius arrogatoris, multi DD. ſentiūt, & quibus fundamentis? num. 449. & ſeqq. Contraria tamen ſententia magis probatur; numer. 452. Soluuntur fundamenta primæ ſententiæ; num. 453. & ſeqq.

Licèt quarta pars bonorum arrogatoris ſit debita arrogato impuberi, id non tollit quominus poſsit, & debeat in ea inſtitui; d. num. 453.

Vltra quartam bonorum arrogatoris ex conſtitutione D. Pij arrogatis impuberibus debitam, competit eis legitima ex bonis ejuſdem arrogatoris, & in ea ſunt neceſſariò inſtituendi hæredes, vel exhæredandi ab arrogatore; alioqui erit teſtamentum nullum; num. 454.

Si arrogator in ſuo teſtamento arrogatum prætereat, teſtamentum eſt nullum, ſi autem ſine juſta cauſa illum exhæredet, competit ipſi arrogato, ſi ſit pubes, querela de inofficioſo. Et quid, ſi ſit impubes? num. 56. & ſeq.

Vtrum quarta, quæ filijs arrogatis relinqui

qui jubetur per jura antiqua, ſit hodie nulla ad trientem per jus nouum, in Auth. de Triente, & ſemiſ. num. 458. & ſeqq.

Vtrùm dicta quarta bonorum arrogatoris integrè relinquenda ſit arrogato, etiam ſi arrogator plures filios naturales ſibi ſucceſsibiles habeat, quibus multò minor portio obtinget, diuiſâ inter eos reliquâ patris ſubſtãtiâ? n 461. & ſeqq

Filij adoptiui per emancipationem legitimè factam deſinunt omninò eſſe filij reſpectu patris adoptiui, itaut poſt illam non teneatur eos inſtituere, nec aliquid eis relinquere; num. 464.

HIs præmiſſis, deueniendo jam ad principalem quæſtionem initio propoſitam, vtrum filij adoptiui ſint neceſſariò inſtituendi hæredes in teſtamento parentum, adoptiuorum? Reſolutio ſit: Adoptati, qui non tranſeunt in poteſtatem adoptantis (quales ſunt, qui dantur in adoptionem alicui extraneos) non ſunt neceſſariò inſtituendi in teſtamento adoptantis: ſecùs autem qui in poteſtatem adoptantis tranſeunt; cujuſmodi ſunt arrogati, & qui dantur in adoptionem auo materno, vel alteri aſcendenti, in cujus poteſtate pater naturalis talis adoptati non eſt. Prior pars hujus reſolutionis conſtat ex dictis *numer.* 431. vnde ſic adoptati perinde ſe habent, quoad ſucceſsionem ex teſtamento, reſpectu patris adoptiui, acſi adoptati non eſſent: neque perdunt jus, quod habebant, ſuccedendi, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato patri naturali, *§. Sed hodie, Inſtit. de Adopt. l. penult. in princip Cod. eod. tit.* & ita docent omnes.

448 Alia pars, quod ſecùs dicendum ſit in alijs adoptatis, probatur, & declaratur. Primo per text. *in princip. Inſtit. Quib. mod. teſtam. infirm.* vbi habetur, quòd teſtamentum factum ab eo, qui poſtea aliquem ſibi in filium arrogauit, vel ex ſuo deſcendenti natum adoptauit, quaſi agnatione ſui hæredis in eo præteriti rumpitur, & nullum redditur; ſi autem nullũ redditur teſtamentum ob præteritionem filij adoptiui poſtea nati, pari jure, imo à fortiori, erit nullum ob præteritionem jam nati: quemadmodum in filijs legitimis naturalibus contingit. Et ſic, vt teſtamentum ſit validum, opus eſt vt talis filius adoptiuus in eo inſtituatur, aut juſtè exhæredetur. Secundo per text. expreſſum *in §. Adoptiui, Inſtit. de Exhæredat. liber.* vbi habetur liberos adoptiuos, qui ſunt in poteſtate adoptãtis, eſſe ab eo inſtituendos, vel exhæredandos eâdem juris neceſsitate, qua liberi naturales juſtis nuptijs quæſiti inſtituendi, vel exhæredandi ſunt à parentibus naturalibus. Tertiò, quia hujuſmodi liberi adoptiui poſſunt exhæredari ex juſta cauſa, vt patet ex text. *proximè cit. & in l. Quidam cum filium, 132. §. Quid ergo, ff. de Verb. oblig.* & ex alijs juribus: conſtat autem eos tantùm propriè exhæredari poſſe, quibus aliàs debetur inſtitutiò, vt vidimus *ſup. §. 6. in princ.* etenim exhæredare, eſt priuare hæreditate: vbi autem non eſt habitus, priuatio eſſe non poteſt, vt Philoſophi aiunt. Quartò denique & à priori, quia hi liberi adoptiui ſunt hæredes Sui reſpectu parentum adoptiuorum, *d. prin. Inſt. Quib. mod. teſtam. infirm. l. 1. §. 1. verſ. Suos hæredes, ff. de Suis, & legit. hæred.* ibi; *Suos hæredes accipere debemus filios, filias, ſiue naturales, ſiue adoptiuos,* & alijs juribus: Suus autem hæres præteriri non poteſt in teſtamẽto, ſed vel inſtituendus, vel legitimè exhæredandus eſt, alioqui teſtamentũ rumpit, & poteſt dicere illud nullum, vt eſt tritum in jure, & à nobis declaratum *ſup. §. 1. hujus ſect. n. 133.* Atq; ita reſolquũt Tiraq. plures referens *in l Si vnquã, verb. Liberos ſuſceperit, n. 20. C. de Renoc. don.* Rojas *Epit. de Suc. c. 17. n. 10.* Peregr. *de Fideicom. art. 36 n. 24.* Pich. *Rubr ad Inſt de Adopt. n. 13. & §. Mortuo, n. 31. Inſt. de Acquiſ. per arrogationem* cæteriq; communiter.

Hanc tamen ſententiam limitant non pauci, vt non procedat in impubere, quẽ 449
dicunt non oportere inſtitui, vel exhæredari ab arrogatore, ad hoc vt ejus teſtamentum valeat, ſed ſatis eſſe quod alio titulo ei relinquatur quarta [illegible]

bonorum arrogatoris, quam Diuus Pius ei dari juſsit, ſi durante arrogatione arrogator decedat, eo adhuc impubere relicto, *l. vltim. ff. Si quid in fraudem patron. fact. ſit*, *§. Item non aliter, Inſtit. de Adoption.* Ita ſentiunt Peregrin. *vbi ſup.* & multi alij, quos refert Pichar. *in d. rubr. ad Inſtit. de Adoption. num.* 12. & probatur primò, quia ſi oporteret eum inſtitui, vel exhæredari, eſſet vtique in d. quarta: non enim apparet aliud quod arrogator ei teneatur de proprijs bonis relinquere: in illa autem quarta id admitti non poteſt. Quia hæc quarta eſt illi debita ex conſtitutione Diui Pij, quaſi æs alienum, *l. Papinianus, §. Si quis impubes, fine, ff. de Inofficioſo teſtam.* & ſic non capit illam, vt hæres, vel ſucceſſor vniuerſalis, ſed vt creditor; nec ex judicio teſtatoris, ſed ex diſpoſitione legis, *l. Si arrogator, prope finem, ff. de Adoptionib.* Rojas latè id declarans *Epit. de Succeſſion. cap.* 17. *numer.* 17. & Pichar. *in Rubr. ad Inſtit. de Adoption. numer.* 36. *& ſeq.* Quare non titulo inſtitutionis, ſed alio particulari illi relinquenda eſt, vt cum Cyno, & Salicet. notat Rojas *ſup. num.* 18. & hinc etiam non poteſt ab ea exhæredari: quia exhæredatio, cùm ſit priuatio hæreditatis aliàs debitæ, ſolùm habet locum in ijs, qui aliàs debebant inſtitui hæredes.

450 Quod vlteriùs confirmo, nam quanuis impubes arrogatus, exhæredatus fuerit ab arrogatore, tamen illa quarta ei dari jubetur, *d. §. Item non aliter, Inſtit. de Adoptionib.* ibi; *Sed & ſi decedens pater* (ſcilicet adoptiuus) *eum exhæredauerit, vel viuus ſine juſta cauſa emancipauerit, jubetur quartam partem bonorum ei relinquere.* Et ſic talis quarta non pertinet ad hæreditatem, in qua talis impubes aliàs fuerat inſtituendus, cùm per exhęredationem ab hæreditate arrogatoris ſimpliciter fuerit excluſus. Nec dicas, prædictum textum intelligi tantùm de exhæredatione ſine juſta cauſa facta, per quam arrogatus non potuit excludi ab hæreditate. Nam clauſula, *Sine juſta cauſa*, quæ in illo textu ponitur, non refertur ad exhæredationem, ſed potiùs veluti datâ operâ ab ea remouetur, & ſoli emancipationi affigitur, vt ipſum contextum expendenti parebit. Et ita, quòd per exhæredationem, etiam legitimam & validam, non priuetur impubes arrogatus dictâ quartâ, ſentit Pichar. *loc. proximè citat. num.* 15.

Probatur ſecundò ex *dict. l. Arrogator, in princip. ff. de Adoptionib.* vbi deciditur, ſi arrogator decedat, impubere relicto filio adoptiuo, & mox ipſe impubes decedat, teneri hæredes arrogatoris reſtituere hęredibus arrogati bona ipſius arrogati, & prætereà quartam partem bonorum arrogatoris. Qui textus juxta Gloſſam Accurſij, ibi; *verb. Adoptiuo*, & magis communem intellectum, loquitur in caſu, quo arrogator deceſsit cum teſtamento, in quo arrogatum prætеriuit; cùm is neque inſtitutus, neque exhæredatus ibi ponatur; & tota hæreditas arrogatoris delata ſit ad alios hæredes, non ab inteſtato, ſed ex teſtamento, in quo ille non fuit inſtitutus; quia alioqui ille foret hæres, vel ſolus, vel ſimul cum alijs, cùm ſit hæres neceſſarius ab inteſtato, vt ex ſupradictis conſtat, & ſi fuiſſet inſtitutus, ex teſtamento ſuccederet. Poſito autem quòd fuerit præteritus, planè ex d. lege colligitur, non oportere impuberem arrogatum inſtitui hęredem in teſtamento arrogatoris, ad hoc vt teſtamentum valeat; cùm in ſpecie illius legis teſtamentum fuerit validum, vtpote ex quo hæreditas validè delata eſt ad hęredes ſcriptos, qui dictam partem reſtituere jubentur. 451

Nihilominus tamen magis placet contraria ſententia, quòd ſcilicet etiam impubes arrogatus, vel ab aſcendenti adoptatus, non poteſt impunè præteriri in teſtamento patris adoptiui, ſed quòd neceſſariò debet inſtitui, vel legitimè exhæredari, ad hoc vt teſtamentum ſit validum, vt tenet & latè probat Pichar. *in Rubr. ad Inſtitut. de Adoptionib. numer.* 13. & videntur tenere Tiraquel. & Rojas alle- 452

allegati *numer.* 448. *fine*, dum abſolute, aſſerunt poſſe arrogatum venire contra teſtamentum arrogatoris, ſi in eo prætereatur. Quam ſententiam clarè probant textus, & fundamenta pro ſecunda parte præfatæ reſolutionis principalis, *num.* 448. adducta; ſiquidem illi textus ſimpliciter, & abſolutè loquuntur in filijs adoptiuis, qui in poteſtatem adoptantis tranſeunt, nulla facta diſtinctione inter puberes, & impuberes; quam diſtinctionem proculdubio facerent, ſi aliter ſe res haberet in impuberibus, cùm frequentiſsimè impuberes adoptari conſueuerint, & jura ipſa multa circa illos ſpecialiter alibi ſtatuant, vt ex dictis cõſtat: ac præterea, quia ratio Suitatis reſpectu patrum adoptiuorum, qua illi textus nituntur, eadem prorſus eſt in puberibus, & impuberibus; cùm hi etiam per illam adoptionem fiant Sui hæredes patrum adoptiuorum. Accedit, quòd ſi non oporteret inſtitui, vel exhæredari arrogatum impuberem, ſed ſolùm puberem, eoquod quarta ad impuberem ſpectans, illi eſt debita ex dicta Conſtitutione Diui Pij, & ſic non tanquam hæredi, ſed tanquam creditori, vt Aduerſarij arguunt, deterioris conditionis redderetur arrogatus impubes; ſiquidem careret honore, & commodis, quæ hæredes Suos ſequuntur: vnde jam conſtitutio illa, quæ fauore impuberũ edita eſt, in illorũ odiũ retorqueretur, contra regulam *in cap. Quod ob gratiam, 6. de Regul. jur. in 6.*

453 Neq; obſtant argumenta in contrariũ adducta. Ad primũ enim reſponderi, poteſt dupliciter. Primò, quod quamuis illa quarta ſit debita arrogato impuberi ex d. Conſtitutione Pij, id non tollit quominus poſsit in ea inſtitui hæres, vt notat Gloſ. *in d §. Item nõ aliter, verb. Iubetur, Inſt. de Adopt.* quòd ſi poteſt inſtitui: ergo debet; ne careat honorabili titulo inſtitutionis, & commodis hæredis Sui; quibus etiam reſpectu illius quartæ eum gaudere affirmant Barth. Iaſ. & alij, quos citat, & ſequitur Rojas *Epit. de Succeſ. c.* 17. *n.* 18. aſſerentes, quòd licèt non ſit agnita, tranſmittit illam ad hæredes ex potentia Suitatis; quòd non ſtat, ſi tantũ ſit creditor, & non hæres Suus reſpectu illius. Id quod fit planum exemplo legitimæ filijs naturalibus, & legitimis debitæ; quæ licèt eis relinqui jubeatur, & conſequenter ſint veluti creditores reſpectu illius, tamen poſſunt, & debent in ea inſtitui, vt eſt notiſsimum, & ſupra ſuo loco à nobis traditum. Vnde conſequenter negandũ eſt, non poſſe dictum impuberem priuari illâ quartâ per exhæredationem ex juſta cauſa. Cui non obſtat, quod in contrarium attulimus *num.* 450. ex textu *in d. §. Item non aliter.* Nam quod ibi dicitur, ſi impubes arrogatus exhæredatus ſit, juberi arrogatorem ei relinquere dictam quartam, intelligendum eſt, ſi ſit exhæredatus ſine juſta cauſa, vt declarat Gloſ. *in l.* 1. *§. Si impuberi, verb. Debeatur, ff. de Collat. bonor.* Et quidem clauſula, *Sine juſta cauſa*, de qua *in d §. Item non aliter*, fit mentio, licèt immediatè affigatur emancipationi, tamen etiam ad exhæredationem referri debet, juxta optimam regulam, quòd clauſula poſita in vna parte diſpoſitionis, ſiue apponatur in principio, ſiue in medio, ſiue in fine, refertur ad omnia in ea contenta, quando in eis non apparet diuerſa ratio, quam regulam cum Menoch. & alijs tradit Sanch. *lib* 6. *de Matrim. diſp.* 22. *num.* 19. *& lib.* 8. *diſp.* 17. *prope finem, & lib.* 10. *diſp.* 17. *fine*, juxta text. *in cap. Secundò requiris, de Appellat.* vbi DD.

Reſponderi poteſt ſecundò, quòd vltra dictam quartam à Pio ſpecialiter conceſſam, competit impuberibus arrogatis legitima in bonis patris adoptiui, ex regula generali, quòd omnibus liberis, quamdiu ſunt in poteſtate ſuorum patrũ, ſiue ſint naturales, ſiue adoptiui, debetur legitima ex bonis patris, & in ea debent inſtitui, ſi legitimè non exhæredentur, juxta text. *in §. Adoptiui, Inſt. de Exhæredat. liber.* ibi; *Adoptiui liberi, quandiu ſunt in poteſtate patris adoptiui ejuſdem juris habentur, cujus ſunt juſtis nuptijs quæſiti: itaque hæredes inſtituendi, vel exhæredandi, ſecundùm ea, quæ de naturalibus expo-* 454

ſuimus. Quare ſicut liberi naturales hoc iure gaudent, ſiue ſint puberes, ſiue impuberes, ita etiam gaudent adoptiui. Et ita hanc ſententiam, quòd ſcilicet impuberibus arrogatis vltra dictam quartam, debetur legitima, in qua inſtituendi, vel exhæredandi ſunt, quemadmodum puberes, tenet Pichard. *in Rubr. ad Inſt. de Adopt. num.* 13. *fine, & poſt princip. tit. Inſtit. de Hæredit. quæ ab inteſt. defer.* §. 4. *num.* 7. Unde quod dicta quarta relinqui debeat impuberi arrogato, quaſi æs alienum, & ſic non tanquam hæredi, ſed vt creditori, nihil id obſtat quominus talis impubes inſtitui debeat in legitima, quemadmodum pubes: ad eum ſcilicet modum, quo pater naturalis grauatus reſtituere aliqua bona; v. c. maioratum, vel fideicommiſſum filio naturali, quem habet in poteſtate, licèt in illis bonis non poſſit eum hæredem inſtituere, vel exhæredare, Molina Iuriſt. *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 8. *num.* 2. *& c.* 9. *n.* 2. tamen illum inſtituere, vel exhæredare debet in legitima, quę vltra illa bona ei debetur, & niſi id faciat teſtamentum eſt nullum, vt eſt notiſsimum.

455 Ad ſecundum, miſſis alijs reſponſionibus, quæ juxta diuerſas interpretationes *d. l. Si arrogator,* aptari poſſent, reſpondeo, cùm ea lex indiſtinctè afferat, quòd decedente impubere adoptiuo ſtatim poſt arrogatorem, debent hæredes arrogatoris reſtituere dictam quartam hæredibus ipſius arrogati, ſenſum & mentem illius eſſe, quòd talis impubes dictā quartam tranſmittit ad ſuos hæredes, nihil obſtante, quòd ſtatim poſt arrogatorem, eā non agnitā, deceſſerit; & propterea ſi arrogator etiam alios hæredes reliquit, qui hæreditatem agnouerunt, & occuparunt, teneri eam reſtituere hæredibus arrogati, præter bona ipſius arrogati; de quo forſan tempore illius legis aliqua erat controuerſia; cumq; ea tranſmiſsio locū haberet, ſiue arrogator deceſsiſſet teſtatus, ſiue inteſtatus, meritò circa hoc nihil in ea lege diſtinguitur. Quare non bene ex ea colligunt Aduerſarij, teſtamentū, in quo impubes arrogatus fuerit præteritus, nullum non eſſe; cùm ea lex de hoc non agat, & præfata expoſitio rectè ſtet, quanuis arrogator deceſsiſſet cum teſtamento irrito, ſiquidem etiam in eo caſu dicta quarta pertineret ad impuberem, eamq; ad ſuos hæredes tranſmitteret, & alij hęredes arrogatoris ab inteſtato, qui ſimul cum arrogato concurrerent, eam reſtituere tenerentur, vt in d. lege deciditur, idq; licèt agnita non fuerit ab impubere, vt dictum eſt, & cū Barth. & alijs tradit Rojas *Epit. de Succeſs. cap.* 17. *num.* 18. *per d. l. Arrogator, & alia jura.*

Itaq; ſi arrogator teſtamentū condens, arrogatū, ſiue puberem, ſiue impuberem, 456 prætereat, teſtamentū non valet, & poteſt dici nullū. Si autem ſine juſta cauſa exhæredet, tunc ſi arrogatus ſit pubes, competit ei querela de inofficioſo contra teſtamentū, *l. Quidam cum filium,* §. *Sed videamus, ff. de Verb. oblig.* §. *Tam autem, Inſt. de Inoffic. teſt.* Rojas *Epit. de Succeſ. c.* 17. *n.* 8. & omnes. Si autem ſit impubes, diſtinctione opus eſt. Nam vel poſſumus loqui juxta ſententiam traditam *n.* 454. quòd tali impuberi debetur legitima, præter quartam, quam Pius ei relinqui juſsit: & tunc ſi injuſtè exhæredetur, agere ſimiliter poteſt querelā inofficioſi ad conſequendam hæreditatem ſibi injuſtè denegatam, quemadmodum ſi eſſet pubes: nam textus proximè allegati aſſerentes querelam inofficioſi competere arrogatis contra teſtamentū arrogatoris, nullā faciunt diſtinctionem inter puberes, & impuberes: & ſuppoſitā prædictā ſententiā, eadem prorſus eſt ratio in vtriſq; reſpectu hæreditatis patris adoptiui, vltra quā dicta quarta quaſi æs alienum impuberibus debetur, vt dictum eſt.

Vel loqui poſſumus in ſententia, quam 457 DD. cōmuniter videtur ſupponere, quòd impuberibus arrogatis nō cōpetit alia legitima, præter dictam quartā, juxta quām ſententiā diximus *n.* 453. debere talē impuberē in ea quarta inſtitui, vel exhæredari, vt teſtamentum arrogatoris ſit validum. Et in hac ſententia, ſi talis impubes exhæredetur ab arrogatore, non admittetur ad querelam inofficioſi, etiamſi abſ-

que

quæ iuſta cauſa exhæredatus ſit; quia habet aliud remedium, quo illam quartam obtinere poſsit, nempe remedium ex d. Conſtitutione Pij, quod facit ceſſare querelam, quæ eſt remedium ſubſidiarium, quod cum ordinario non concurrit, §. 1. *Inſt. de Inoffic. teſtam.* Et ita habetur in *d. l. Papinianus, §. Siquis impubes, ff. de Inoffic.* ſicque intelligendus eſt text. *in d. §. Cum autem, Inſt. eod. tit.* ibi; *Tam autem naturales liberi quàm ſecundùm noſtræ Conſtitutionis diuiſionem adoptati, ita demum de inofficioſo teſtamento agere poſsint, ſi nullò alio iure ad defuncti bona venire poſsint.* Atque ita docent Rojas *d. num.* 8. Pichard. *in rubr. ad Inſt. de Adoption. num.* 25. & omnes.

458 Duplex adhuc ſupereſt dubitatio. Prima eſt, vtrùm quarta, quæ filijs adoptiuis relinqui iubetur in iuribus ſupra citatis, aucta hodie ſit ad trientem, per jus nouum in *Auth. de Triente, & ſemiſſe, §.* 1. vbi correcto jure antiquo, quo olim portio legitima liberis debita ſolùm erat quarta pars bonorum teſtatoris inter illos æqualiter diuidendâ, portio illa fuit aucta ad trientem, & ſemiſſem, ideſt, vt ſi teſtator quatuor, vel pauciores liberos haberet, tertia pars bonorum illius inter eos diuideretur: ſi verò haberet plures, quàm quatuor, dimidium bonorum eis relinqueretur, inter eos ſimiliter diuidendum. In propoſita igitur quæſtione communior ſententia eſt negatiua, quam tenent Gloſſa *in d. §. 1. Auth. de Triente, & ſemiſſ. verb. Hoc obſeruando,* Angel. *ibid.* Barthol. & Bald. *in d. l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Bened. Capra, Iacob de Butr. & alij, quos citant, & ſequuntur Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Suſceperit liberos, num.* 5. *Cod. de Reuoc. donat.* & Rojas *Epit. de Succeſsion. cap.* 17. *numer.* 22. Fundamentum eſt, quia nomine filiorum, & liberorum non veniunt adoptiui, ſed tantùm naturales, vt latè probat Tiraq. *cit.* Vnde cum dicta auctio legitimæ facta ſit pro liberis, de ſolis naturalibus intelligenda eſt.

459 Contrariam tamen ſententiam graues etiam tenent DD. Cynus *in l. 2. C. de Adoption.* Alberic. *in d. l. Si arrogator,* Barbat. Fab. Gioch. & Iaſon, quos refert Tiraq. *d. n.* 5. Probatur, quia dicti liberi adoptiui gaudent eodem iure ad ſuccedendum patri, quo naturales, & pari modo ſunt inſtituendi, vel exhæredandi, vt conſtat ex *d. §. Adoptiui, Inſt. de Exhæred. liber.* Ergo cùm in dicto iure nouo portio legitima, in qua oportet inſtitui liberos, aucta fuerit ad trientem, non ſolùm in naturalibus, ſed etiam in adoptiuis, cùm eodem jure gaudeant, id debet intelligi.

Mihi tamen hac in re diſtinguendum videtur, vt nimirum quarta competens arrogato, vt portio legitima, qua denegata poſſet agere per querelam inofficioſi contra teſtamentum arrogatoris, juxta ſupradicta *n.* 456. aucta cenſeatur ad trientem per dictum jus nouum: ſecus autè quarta competens ſpeciali jure arrogato impuberi, qui ad eam obtinendam non habet querelam inofficioſi, vt per ſup. dicta *n.* 457. Moueor per ipſummet textum *in d. Auth. de Triente, & ſemiſ. §. 1. fine,* vbi expreſsè habetur, vt illa auctio ad trientem obſeruetur in omnibus perſonis, quibus de jure veteri querela inofficioſi dabatur ad obtinendam quartam ipſis decretam: vnde cùm hęc querela per jus antiquum fuerit arrogatis conceſſa reſpectu quartæ ipſis pro legitima cõſtitutæ, & ſolùm fuerit denegata reſpectu quartæ debitæ impuberi ex Conſtitutione Pij, vt *n.* 456. *& ſeq* oſtenſum eſt, ſit planum priorem illam quartam comprehenſam fuiſſe in dicta auctione ad trientem, & ſolam poſteriorem ab ea excludi. 460

Secunda dubitatio eſt, vtrũ dicta quarta bonorũ arrogatoris integrè relinquenda ſit arrogato, etiamſi arrogator habeat plures filios naturales, quibus multò minor portio obtinget, diuiſâ inter eos reliquâ patris ſubſtantiâ? Hæc dubitatio ſolũ habet locũ in quarta, quæ ex dicta cõſtitutione D. Pij ad impuberem arrogatũ ſpectat. Nam ſi loquamur de quarta, quæ pro legitima arrogatis debetur, citra omnem cõtrouerſiã dicendũ eſt, ſi arrogator plures alios habet filios, ſiue naturales, ſiue arrogatos, ſiue partim naturales, & par- 461

 tim

tim arrogatos, eã bonorũ partẽ teſtatoris, quæ pro filiorũ legitima conſtituta eſt, diuidẽdã eſſe æqualiter inter omnes, perinde acſi omnes eſſent naturales: quia quoad legitimam, in qua tàm naturales, quàm arrogati neceſſario ſunt inſtituendi, vel exhæredandi, *d. §. Adoptiui, Inſtit. de Exhæredat. liber.* nulla inter eos eſt differentia, ſed idem jus & ratio eſt in omnibus, vt ex dictis conſtat, & planè ſentiunt relatis alijs Rojas *Epit. de Succeſſ. c. 17. num.* 27. & Molina *tom.* 1. *de Iuſt diſp.* 227. *Quando arrogator*, licèt non ita rem declaret.

462 Tota difficultas, & controuerſia eſt circa quartam, quæ ſpeciali jure ex d. Cõſtitutione Pij ad impuberẽ arrogatũ ſpectat. In hac igitur communis ſententia eſt, eam quartam eſſe ſolam quartam partem illius portionis, quam arrogatus habiturus eſſet, ſi arrogator inteſtatus decederet, ne dictum inconueniens ſequatur, quando arrogator habuerit quatuor vel plures filios naturales; cùm abſurdum ſit, filium arrogatum maiorem habere portionem, quàm naturalem, contra *l. 3. ff. de Tutel.* Tenent hanc ſententiam Gloſſa Accurtij *in d. l. Si arrogator. verb. Quartam partem, ff. de Adopt. & in d §. Item non aliter, verb. Quartam partem, Inſtit. eod. tit.* Barth. & Bald. *in d. l. Si arrogator*, vbi etiam Iaſ. *num.* 5. dicens eſſe ſententiam communem, Rojas *Epit. de Succeſſion. cap.* 17. *num.* 26. & alij.

463 Nihilominus quartam illam eſſe quartam partem omnium bonorum, quæ arrogator tempore mortis habebat, eamque integram relinquendam impuberi arrogato, tenet idem Accurtius ſibi contrarius *in §. 1. verb. Hoc obſeruando, Auth. de Triente, & ſemiſ.* Coſta *in l. Qui duos, §. Cum in bello, verb. Poſtea mortui, ff. de Reb. dub.* & Pichar. *in rubr. num.* 40 *Inſtit. de Adoption.* Vbi inter alios refert Iaſonem aſſerentem, hanc ſententiam eſſe communem, & Caldeiram dicentem eam obſeruari in Caſtella, & Luſitania. Et quidem ſtando in jure communi mihi etiam videtur planè vera: quia ita expreſsè habetur *in l. vltim. ff. Siquid in fraud. patr. fact.* ibi; *Vt ex bonis, quæ mortis tempore illius, qui adoptauit, fuerunt, quarta pars ad eum pertineat, qui adoptatus eſt; & in l. 2. Cod. de Adopt.* ibi; *Ita vt bonorum tuorum quarta pars.* Neque obſtat prædictum inconueniens: nam illud declinare ſpectat ad Principem, qui propterea non niſi cauſâ cognitâ concedit impuberem arrogari; & inter alia, quæ in tali cognitione verſantur, vnum eſt, ne is, qui filios naturales habet, alios poſsit arrogare, nevè, qui jam adoptauit, alium adoptet, *l. Nec ei, §. 1. ff. de Adoption.* Quod ſi nihilominus habenti alios filios Princeps ſciens, & prudens concedat, vt arrogare alium poſsit, valebit conceſsio, & arrogatio, vt aduertit Molina *d. diſp.* 227. *verſ. Quando arrogator*; neque quod arrogatus plus ſit habiturus ex bonis arrogatoris, quàm filij naturales, abſurdum reputabitur, cùm habiturus ſit dictam quartam, vt æs alienum ſibi ab arrogatore debitum, *l. Papinianus, §. Siquis impubes, ff. de Inoffic. teſtam.* idque in compenſationem vſusfructûs ſuorum bonorum, quem in arrogatorem tranſtulit.

Omnia prædicta circa neceſsitatem inſtituendi, vel exhæredandi filios adoptiuos, eiſque aliquid relinquendi intelliguntur, niſi tales filij ſint à patre adoptiuo emancipati, quia per emancipationem deſinunt eſſe filij reſpectu illius, *§. Adoptiui, Inſtit. de Exhæredat. liber.* id verò intellige, dummodo ſint emancipati legitimè, ſeu ex juſta cauſa, juxta ſupradicta, *num.* 436. *& ſeqq.* Alioqui non perdunt dictam quartam, nec adoptio diſſoluitur, *§. Item non aliter, Inſtit. de Adoption. l. vltim. ff. Siquid in fraudem patron.* Molin. *dict. diſp.* 227. *verſ. Arrogator extrahere.* 464

§. 15 *Vtrum oporteat parentes, alioſue aſcendentes inſtitui hæredes in teſtamento liberorum: & ex quibus cauſis poſsint à liberis exhæredari?*

SUMMARIUM.

QVid circa neceſsitatem inſtituendi aſcendentes diſponatur per jus nouum in Auth. Vt cum de appellat. cognoſc. num. 465.

Liberi deſcendentibus carentes, ſi teſtamentum condant, tenentur inſtituere parentes, alioſue aſcendentes, ſi illos habeant in legitima illis debita, ſi autem eos prætereant, vel injuſtè exhæredent, teſtamentum eſt nullum, vel annullandum. Et quomodo hæc omnia intelligenda ſint? num. 466. & ſeqq.

Aſcendentes non ſuccedunt in bonis liberorum, ſi hi habeant deſcendentes ſucceſsibiles; d. num. 466.

Vtrum, ſi deſcendens fiat Religioſus habeat monaſterium loco filij, à quo aſcendentes à ſucceſsione talis Religioſi excludantur? ibid.

Aſcendentibus debetur legitima ex bonis liberorum deſcendentibus carentium. Quæ olim erat quarta pars, & hodie aucta eſt ad trientem. De jure autem Luſitano ſunt duæ tertiæ bonorum; numer. 468.

Solis aſcendentibus, qui proximiores in gradu extiterint, dicta legitima debetur. Et quomodo id procedat? n. 469.

Explicatur, quando & quo jure ſit nullũ, quandoque annullandum teſtamentũ, in quo parens, vel alius aſcendens teſtatoris eſt præteritus, vel exhæredatus; num. 670.

Non ſatis eſt ad valorem teſtamenti relinqui legitimam aſcendenti teſtatoris titulo legati, vel alio particulari; ſed neceſſe eſt, vt in ea, vel in aliqua ejus parte hæres inſtituatur; num. 471.

Vtrum, quando filius eſt legitimus ex matrimonio putatiuo contracto bona fide ex parte vnius tantum parentis, alter parens, qui mala fide contraxit, habeat jus ſuccedendi tali filio? num 472.

Teſtamentum clerici habentis aſcendentes, vel deſcendentes legitimos, non poteſt dici nullum, nec rumpi per querelam inofficioſi ob illorum præteritionẽ, vel exhæredationem injuſtam; ſed ſolum eis competit jus ad petendam legitimam, juxta probabilem ſententiam; num. 473.

Valet teſtamentum, quo filius parentes de eorum licentia præteriuit, vel exhæredauit. Et quomodo id ſit intelligendum? num. 474.

Filius emancipatus, qui ſe in arrogationem dedit, ſi habeat bona, in quibus teſtari poſsit, non tenetur inſtituere patrem naturalem. Et idem eſt in adoptato, qui in poteſtatem adoptantis tranſiuit, vt cùm ab auo materno adoptatus eſt; num. 475.

Ex quibus cauſis poſsint liberi parentes alioſue aſcendentes exhæredare tam ſecundùm jus commune, quàm Luſitanum? num. 477. & ſeqq.

EX ijs, quæ in ſuperioribus conſtituta ſunt circa liberos neceſſariò hæredes 465
inſtituendos in teſtamentis parentum; quid in præſenti materia tenendum ſit facillimo negotio expedietur; nam nouiſsimè in celebri, *Auth. Vt cum de appellat. cognoſc.* circa neceſsitatem inſtituendi liberos ſancita ſunt, ea ipſa cum modica diſtinctione ſeruari præcipiuntur circa parentes hæredes inſtituendos in teſtamentis liberorum, vt conſtat ex *cod. Auth cap. 3. in princip.* ibi; *Iuſtum autem perſpeximus, & è contrario de liberorum teſtamentis, hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere: ſancimus itaque non licere liberis parentes ſuos præterire, aut quolibet modo à rebus proprijs, in quibus habent teſtandi licentiam, eos omnino alienare, niſi cauſas, quas enumerauimus, in ſuis teſtamentis ſpecialiter nominauerint.* Hic autem ſolùm eſt ſermo de libe-

ris naturalibus, & legitimis, ideſt, ex legitimo matrimonio procreatis: de alijs enim, quid obſeruandum ſit, *ſeq.* §. exponemus.

664 Iam ergo quod attinet ad primam quæſtionem in titulo propoſitam, generalis, & vera reſolutio eſt: Liberi deſcendentibus carentes, ſi teſtamentum condant, inſtituere tenentur parentes, alioſuè aſcendentes, ſi eos habeant, in portione legitima illis debita: ſi autem eos prætereant, vel injuſtè exhæredent, teſtamẽtum eſt nullum, vel per querelam inofficioſi annullandum; etiamſi aliàs per donationem, vel legatum, aliumuè modum legitimam portionem eis dederint. Tota hæc reſolutio conſtat, & eſt indubitata, per text. *in d. Auth. Vt cum de appellat. loc. proximè cit. juncto* §. *Aliud quoque capitulum*: vt autem probè intelligatur, particulatim explicanda, & enucleanda eſt. Dicitur in primis, *Liberi deſcendentibus carentes:* quia aſcendentes non ſuccedunt neceſſariò in bonis liberorum, niſi hi decedant abſque deſcendentibus. *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul. Ordin. Luſit. lib.* 4. *tit.* 82. §. 4. & communis omnium ſententia. Id verò intellige, dũmodo ſint deſcendentes parentibus ſucceſsibiles, quales ſunt legitimi, & aliqui etiam illegitimi, prout ſupra ſuis locis explicatum eſt. Nam ſi ſint deſcendentes, quibus ſucceſsio non debetur, hi aſcendentes non excludunt, nec illis præjudicant, vt eſt notiſsimum. Vtrum autem, deſcendente monaſterium ingrediente, ipſum monaſterium habeatur loco filij, à quo illius aſcendentes excludantur? Reſpondeo negatiuè, cum communi ſententia, quam relatis multis tradunt Rojas *Epit. ſucceſſ. cap* 29. *num.* 40. & Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 19. aſſerentes, Religionis ingreſſum nihil obſtare, quominus ex bonis talis deſcentis legitima debeatur ejus aſcendentibus, neque monaſterium in tali caſu loco filij ha[ber]i quidquid nonnulli in contrarium ſenſ[e]rint.

467 Dicitur dein[d]e, *Si teſtamentum condant*; tum quia ſæp[e] lib[e]ri teſtari non poſſunt, vt ſi ſint ſub patria poteſtate, & non habeant bona Caſtrénſia, vel quaſi Caſtrenſia: tum etiam, quia licèt habeant facultatem teſtandi, vt ſi ſint emancipati, vel habeant bona Caſtrenſia, aut quaſi Caſtrenſia, ſimulque competentem ætatem ad teſtandum, non tenentur abſolutè inſtituere parentes, imo neque deſcendentes, niſi ita demum, ſi teſtamentum condant, quod vtique omittere poſſunt, ſi velint: nullo enim jure teſtari coguntur. Illis autem abſque teſtamento decedentibus, ſi deſcendentibus careant, ſuccedunt aſcendentes ab inteſtato, quemadmodum diſponitur *in d. Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul. Auth. de Hæred. ab inteſt. ven.* §. *Conſequens autem & ſeq.*

Subditur: *Inſtituere tenentur parentes, alioſue aſcendentes in portione legitima illis debita.* Quemadmodum enim aſcendentes in ſuis teſtamentis inſtituere tenentur liberos in portione legibus præſcripta, §. *Aliud quoque, Auth. Vt cum de appellat.* ita pariter juxta diſpoſitionem ejuſdem *Auth. num.* 465. relatam, liberi prole ſucceſsibili carentes, inſtituere tenentur aſcendentes, ſi eos habeant, in portione legitima illis debita. Quòd enim certa bonorum portio parentibus debeatur ex bonis liberorum deſcendentibus carentium, quemadmodum ipſis liberis debetur ex bonis parentum, citra dubium eſt, tum ex *d. Auth. Vt cum de appellat.* §. *Hæc autem diſpoſuimus*, ibi; *Quidquid autem minus ei legitima portione relictum eſt*, & ex *Auth. Preſbyteros*, ibi; *Parentes eorum legitimam ferant partem, Cod. de Epiſcop. & cleric.* & alijs textibus: tum ex generali regula, quod prout liberi parentibus ſuccedunt, ita pariter ſuccedunt parentes liberis, vt æqualitas inter eos ſeruetur, *d. Auth. Vt cum de appellat. cap.* 3. *in princip. Auth. Licet, Cod. de Naturalibus liberis, Auth. Quib. mod. nat. effician. ſui*, §. *Si vero effuſa, verſ. De nepotibus enim.* Vnde ſicut legitima portio liberis debita, quæ olim erat quarta pars bonorum, aucta fuit ad trientem, ideſt, ad tertiam bonorum 468

par[te]m,

partem, *Auth. de Triente, & ſemiſ. §. 1.* ita etiam fuit aucta legitima debita parentibus, vt quæ olim erat quarta, jam hodie ſit tertia pars bonorum, vt tradit Gloſſ. *in d. §. 1. verb. Hoc obſeruando*, per generalitatem ipſius textus, ibi; *Hoc obſeruando in omnibus perſonis, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioſo lege decreta eſt*, & docent etiam Iacob de Bel. pett. & Angel. *in Auth. de Hæred. & Falcid. in princip.* & relatis alijs Molin. *tom. 1. de Iuſt. diſp. 159. verſ. De jure communi*, dicens eſſe communem ſententiam. In hoc autem Luſitaniæ regno legitima portio, tam liberis, quàm parentibus debita, ſunt duæ tertiæ bonorum, ita vt ſolùm de vna tertia poſſit teſtator liberè diſponere, ſi deſcendentes, vel aſcendentes habeat, vt conſtat ex *lib. 4. Ordin. tit. 82. in princip. & §. 4. & tit. 91. §. 1.* Si ergo teſtator deſcendentibus carens aſcendentes habeat, in tota dicta portione illis debita eos inſtituere tenetur. Si autem in aliqua bonorum parte minori eos inſtituat, non propterea teſtamentum eſt nullum, vel annullandum tanquam inofficioſum, ſed ſolùm competit illis actio ad ſupplementum legitimæ portionis, vt expreſsè decernitur in *d. Auth. Vt cum de appellat. §. Hæc autem diſpoſuimus.*

469 Nota verò, non quibuſcumque aſcendentibus legitimam deberi, competereuè jus, vt à liberis inſtituantur, aliquiduè eis relinquatur, ſed eis tantùm, qui teſtatori proximiores fuerint in gradu, vt conſtat ex *d. Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* vbi non niſi ſaluâ gradus prærogatiuâ parentes admittuntur ad liberorum ſucceſsionem. Quare ſi teſtator habeat patrem, & matrem, ij tantùm ſunt neceſſariò inſtituendi: & ſi alter eorum defunctus ſit, ſolus ſuperſtes inſtitui debet: vtroque autem deficiente, inſtituendi ſunt aui, tam ex parte patris, quàm matris. Quod ſi ex parte alterius tantùm parentis exiſtant aui, illi tantùm in portione legitima inſtituendi ſunt: in defectum autem omnium auorum, inſtituendi ſunt proaui; & ita aſcendendo, qui proximiores fuerint in gradu cæteris ſunt præferendi: quando autem ex parte vnius parentis proximiores fuerint duo aui, vel duo proaui: & vnus tantùm ex parte alterius, portio legitima diuidenda eſt in duas partes æquales, & vna earum partienda eſt inter illos duos auos, vel proauos: altera verò tota ſpectat ad eum, qui ſolus ſupereſt ex parte alterius parentis. Ita ſumitur ex *d. Auth. Defuncto, & Auth. de Hæred. ab inteſt. ven. §. Conſequens autem, & ſeq.* traditque Molin. *d. diſp. 159. verſ. Ij ſoli aſcendentes.* Et ita etiam diſponunt Ordinat. Luſitan. *lib. 4. tit. 91. §. 1.* Cæterùm de jure communi, ſi ſimul cum aſcendentibus extent fratres, aut ſorores vtrinque defuncto conjuncti, ſuccedunt ei ab inteſtato cum aſcendentibus ipſis proximioribus ſecundùm portiones viriles, ſeu in capita, vt expreſsè habetur in dictis Authenticis proximè citatis. Nec tantùm dicti fratres, & ſorores ſuperſtites, ſed etiam filij fratrum, vel ſororum prædefunctorum ad ſucceſsionem illius patris defuncti admittuntur, non quidem in capita, ſed in ſtirpes loco parentum, quos repræſentãt, vt bene aduertit Gloſ. *in d. Auth. Defuncto, verb. Vocantur, per Auth. Vt fratrum filij, §. 1.* vbi prædicta Auth. *Defuncto*, corrigitur, vel ampliatur. De jure autem Luſitano *d. tit. 91. in princip.* defuncto filio abſque deſcendentibus, ſoli aſcendentes juxta ſui gradus prærogatiuam illi ſuccedunt ab inteſtato in omnibus bonis, excluſis omnino fratribus, & ſororibus illius: idemque eſſe de jure Caſtellæ affirmat Molina, *d. diſp. 159. verſ. Eſt verò circa.* Et Rojas *Epit. Succeſſ. cap. 29. num. 35. & ſeq.*

Subditur præterea; *Si autem eos prætereant, vel injuſtè exhæredent, teſtamentum eſt nullum, vel annullandum.* Quia in primis, ſi pater, vel eo deficiente, alius aſcendens proximior ejuſdem lineæ, ſit præteritus à filio, qui erat in poteſtate, tam ſecundùm jus antiquum, quàm ſecundùm jus nouum *in d. Auth. Vt cum de appellat.* teſtamentum eſt nullum, ſicut è conuerſo, quando filius in poteſtate 470

à pro-

à proximiore aſcendente lineæ paternæ prætéritur. Nam quo jure deſcendentes gaudent, vt inſtituantur ab aſcendentibus, eodem gaudent aſcendentes, vt inſtituantur à deſcendentibus, vt ex dictis conſtat. Et ita docent Rojas *in Epit. ſucceſſ. cap. 29. num.* 18. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *num.* 36. & omnes. Si autem ſit præteritus à filio emancipato, olim de jure antiquo valebat teſtamentum, dabatur autem aſcendenti præterito bonorum poſſeſsio contra tabulas, *l.* 1. *& toto tit. ff. Si à parente quis fuerit manumiſſus*, & ibi Gloſ. Barthol. & cæteri ſcribentes: hodie tamen per d. jus nouū, *in d. Auth. Vt cum de appellat.* teſtamentum eſt ipſo jure nullum, & ipſi aſcendenti præterito competit jus dicendi nullum, vt tradit Anton. Gom. *d. num.* 36. Conſtatque ſatis ex ijs, quæ *ſupra*, §. 1. *&* 2. à nobis dicta ſunt circa teſtamentum, in quo filius emancipatus præteritus eſt à patre, vel alio aſcendente: quidquid in contrarium doceat cum alijs Valaſc. *conſult.* 94. *num.* 1. Similiter, ſi mater (& idem eſt de quouis aſcendente ejuſdem lineæ) præterita ſit à filio, teſtamentum de jure antiquo valebat, matri tamen cōpetebat querela inofficioſi, quia ejus præteritio pro exhæredatione habebatur, *l. Cum filium, Cod. de Inoffic. teſtam.* & ibi Gloſſ. Barth. Bald. & cæteri communiter. Hodie autem per d. jus nouum teſtamentum eſt nullum, vt idem Ant. Gom. *loc. citat.* aduertit: nam teſtamentum, quo filius præteritus eſt à matre, ipſo jure eſt nullum juxta idem jus nouum *in d. Auth. Vt cum de appellat.* vt cum multis DD. tradidimus §. 1. *hujus ſect. numer.* 146. Conſtat autem ex *eod. Auth. cap.* 3. *in princip.* idem eſſe in teſtamento, quo mater à filio eſt præterita. Denique ſi pater vel mater, aliuſuè aſcendens de jure inſtituendus, injuſtè exhæredetur in teſtamento filij: vel talis exhæredatio eſt facta, non ſeruatâ legitimâ formâ, de qua *ſupra*, §. 6. dictum eſt: & tunc etiam teſtamentum eſt nullum, juxta *d. Auth. Vt cum de appellat.* vel ſeruatâ formâ, & tunc ſi cauſa in ipſa exhæredatione inſerta reipſâ nō ſubſiſtit, aut ab hęrede ſcripto nō probetur, teſtamentum quidem valet, at parenti exhęredato competit querela inofficioſi ad illud annullandum, vt conſtat ex ſuperioribus *loc. citat.* & tradit bene Anton. Gom. *d. num.* 36. Cæterùm ſiue ex cauſa preteritionis, ſiue exhæredationis injuſtæ, teſtamentum ſit vitioſum, ſolùm redditur nullum quoad inſtitutiones, quoad cætera verò capitula in eo contenta valet, & firmum manet, ut expreſsè decernitur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Si autem hæc omnia.*

Dicitur tandem, *etiamſi aliàs per donationem, vel legatum, aliumuè modum legitimam portionem eis dederint.* Conſtat hoc per text. expreſſum *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque, juncto, §. Siuè igitur, verſ. Iuſtum autem perſpeximus, & §. Hæc autem diſpoſuimus*, ibi; *Eſt noſtræ Serenitatis intentio à parentibus, & liberis injuriam præteritionis, & exhæredationis auferre*; fulcitùrque optima ratione. Nam ſicut parentes non poſſunt negare filijs honorem tituli inſtitutionis, etiam attento jure antiquo Digeſtorum, *l. Inter cætera*, vbi Alex. & omnes, *ff. de Liber. & poſthum.* multò minùs permitti debuit, vt eum honorem poſſent filij denegare parentibus, cùm filius magis teneatur parentes honorare: enimverò titulus inſtitutionis honorabilis eſt, *l. Filium, ff. de Legat. præſtan.* Et ita requiri titulum inſtitutionis erga parentes tenet Bald. *in l.* 1. *Cod. de Bonor. poſſ. contra tab.* Imola *in l.* 1. *§. Si ex fundo, num.* 58. *ff. de Hæred. inſtit.* Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. In eod. teſtamento relinquens*, 1. *num.* 249. *verſ. Sed contrariam*, Rojas plures referens *in Epit. ſucceſſ. cap.* 29. *num.* 42. *& cap.* 31. *num.* 9. Valaſc. *conſult.* 61. *num.* 3. & cæteri communiter, contra Barth. *in Auth. Ex cauſa, num.* 24. *Cod. de Liber. præter.* 471

In aliquibus tamen caſibus prædicta reſolutio fallit. Primò fallit in filio nato ex matrimonio putatiuo contracto cum bona fide vnius tantùm parentis: qui quidem filius, licèt ſit legitimus reſpectu 472

vtriuſ-

vtriuſque parentis, *cap. Ex tenore*, *cap. Cum inter*, *cap. Peruenit*, *Qui filij ſint legitimi*, Coſta *in cap. Si pater*, 1.*p.verb. Vxorem*, *num.* 2. *de Teſtam. in* 6. Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 34. *numer.* 46. & communis ſententia, & vt ſic gaudeat pleno iure ſuccedendi vtrique parenti, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato; attamen non tenetur inſtituere parentem, qui mala fide contraxit, neque talis parens ei ſuccedit, niſi eo ſolo modo, quo parens ſpurius poteſt proli ſuccedere; vtpote qui ineundo culpabiliter matrimonium, jus legitimi parentis adeptus non ſit, ne ex ſuo delicto commodum reportet, contra tradita *in l. Siue hæreditaria*, *ff. de Negot. geſt.* Et ita docet, relatis alijs Sanch. *loc. citat.* Vnde in hoc caſu fallit regula ſupra tradita, quòd vt filij ſuccedunt parentibus, ita parentes filijs. Cæterùm vtrumque parentem in caſu propoſito cenſeri legitimum, & vt talem filio ſuccedere, ſatis probabile cenſet Sanch. *vbi ſup.* & docent Rojas *Epit. ſucceſ. cap.* 30. *num.* 38. Auendaño *in l.* 6. *Tauri*, *tota Gloſſ.* 1. Guttier. *lib.* 3. *Pract. q.* 74. & Ceuallos *QQ. pract. q.* 697. *à numer.* 16.

473 Fallit ſecundò in filio clerico, juxta probabilem opinionem, quam ſupra §. 5. *à num.* 200. tradidimus, aſſerentem, quòd quando teſtator eſt clericus habens aſcendentes, vel deſcendentes legitimos, licèt eos in ſuo teſtamento prætereat, vel ſine cauſa exhæredet, non poteſt tale teſtamentum dici nullum, nec rumpi per querelam inofficioſi: poſſunt tamen ipſi præteriti, vel exhæredati petere portionem legitimam ſibi debitam, juxta *Auth. Preſbyteros*, & ibi Gloſ. *verb. Ferant*, *Cod. de Epiſc. & cleric.*

474 Fallit tertiò, quando parens, vel aſcendens, qui inſtitui deberet, conſenſit ſe præteriri, vel exhæredari à filio, dando ei licentiam, vt liberè de ſuis bonis teſtetur, ſi modo eum conſenſum, vel licentiam præſtet in ipſo actu teſtandi, ideſt, quando filius teſtamentum condit: tunc enim validum, ac firmum euadit teſtamentum filij abſque illius aſcendentis inſtitutione, vt *ſupra*, §. 5. *num.* 225. cum communi ſententia, & multis relatis DD. tradidimus. Atque idem erit juxta probabilem ſententiam ibidem traditam, ſi talis aſcendens poſt conditum teſtamentum, in quo eſt præteritus, ſuæ præteritioni conſentiat. Si autem dictum conſenſum, vel licentiam præſtet ex interuallo ante teſtamentum conditum, opus tunc erit, vt juramentum adhibeat, ſe tali teſtamento non contrauenturum: alioqui erit inefficax ille conſenſus, & teſtamentum euadet irritum, juxta magis probabilem opinionem *d. num.* 225. *& ſeqq.* traditam. Ex quibus colligitur, ſi parentes habeant alios filios, licitè poſſe illis præjudicare, abdicando à ſe aliquo ex prædictis modis legitimam portionem, quam haberet ex bonis filij teſtandi facultatem habentis, vt etiam latè declaratum eſt, *d.* §. 5. *numer.* 227. vbi vide.

Fallit quartò in filio emancipato, qui ſe alteri in arrogationem dedit, imò & in eo, qui cùm eſſet in poteſtate patris naturalis, datus eſt in adoptionem alicui aſcendenti, in cujus poteſtatem tranſiuit. Nam ſi habeant bona, in quibus teſtari poſſint, ideſt, Caſtrenſia, vel quaſi Caſtrenſia, & in eis teſtentur, durante arrogatione, vel adoptione, non tenentur inſtituere patrem naturalem, ſed loco illius inſtituere debent adoptiuum, in cujus poteſtatem tranſierunt; prout infra, §. *ſeq. num.* 495. explicabimus. Et ratio eſt, quia per ipſam arrogationem, vel adoptionem tranſierunt in familiam patris adoptiui, & manent tanquam extranei reſpectu patris naturalis; itaut neque ab inteſtato, neque ex teſtamento ei ſuccedant vt *ſup.* §. 5. *num.* 231. traditum eſt. Ergo ipſe etiam pater ab eorum ſucceſſione remotus eſt, & conſequenter non tenentur illum inſtituere, juxta receptiſsimam regulam, quòd vt liberi ſuccedunt, vel non ſuccedunt parentibus, ita pariter ipſi parentes liberis; qua de re vide infra §. *ſeq. concl.* 1. 475

Vltimò fallit, quando parens ob aliquam culpam, ſeu cauſam de jure ſufficientem, à filio exhæredari meretur. Tunc enim 476

enim filius teſtamentum condens non tenetur illum inſtituere, ſed poteſt illum exhæredare, vt eſt notiſsimum, & habetur expreſsè *in d. Auth. Vt cum de appellat. cap. 3. in princip.* opus eſt autem, vt in ipſo teſtamento exprimat cauſam, ob quam illum ab hæreditate excludit, ſeruetque reliquas conditiones ad legitimam exhæredationem requiſitas, quas latè §. 6. explicuimus.

Quod verò attinet ad illam aliam quæſ-
477 tionem in tit. propoſitam; quæ nimirum ſint legitimæ cauſæ, ex quibus parentes poſſunt exhæredari à liberis? Dico breuiter, has cauſas eſſe, quæ decernuntur, *in d. Auth. Vt cum de appellat. cap. 3. poſt initium.* Prima earum eſt, ſi parentes ad interitum vitæ liberos ſuos tradiderint; ideſt (vt explicat Gloſ.) eos accuſando de crimine, propter quod pænâ mortis ſint puniendi: quocirca legitimè poterit quis exhæredare aſcendentem, à quo de tali crimine fuerit accuſatus, vel denuntiatus, etiamſi crimen non probetur. Excipitur autem *in d. Auth.* niſi accuſatio ſit de crimine læſæ majeſtatis. Et idem erit de crimine hæreſis, ſeu læſæ majeſtatis diuinæ, ut tenet Molina *tom. 1. de Iuſt. diſput. 176. verſ. Ex ſequentibus,* & in ſimili agendo de cauſis, propter quas filius exhæredari poteſt à parentibus, dictum eſt, *ſup. §. 6. num. 258.*

478 Secunda eſt, ſi venenis, aut maleficijs, aut alio modò parentes filiorum vitæ inſidiari probentur. Quæ cauſa etiam eſt de jure Luſitano *lib. 4. Ordinat. tit. 89. §. 1.*

Tertia eſt, ſi pater nurui ſuæ (ideſt
479 vxori filij,) aut concubinæ filij ſui ſe immiſcuerit. Quod etiam eſt de jure Luſit. *d. tit. 89. §. 2.* vbi additur exhæredari ſimiliter poſſe matrem à filia, cum cujus marito, vel amaſio, in cujus domo per aliquod tempus ipſa filia detenta eſſet, carnalem actum habuiſſet.

Quarta eſt, ſi parentes filios ſuos teſta-
480 mentum condere prohibuerint, in rebus, in quibus habent teſtandi licentiam. Idem habetur in jure Luſitan. *vbi ſup. §. 3.* intelligendumque eſt cùm ea diſtinctione, qua id ip ſum ſtatuitur, quando filius ob ejuſmodi cauſam poteſt exhæredari à parentibus. Quam diſtinctiorem tradidimus *§. 7. hujus Iuſt. num. 266.*

Quinta eſt, ſi pater propriæ vxori, vel 481
ipſa vxor marito, venenum præbuerit, vt eum interficiat, vel à mente alienet, alioue modo vnus eorum alterius vitæ inſidiatus fuerit. Nam tunc etiam poſſunt eorum liberi exhæredare parentem, qui tale crimen commiſerit. Quod etiam ſtatuitur in d. jure Luſit. *§. 4.*

Sexta eſt, ſi parentes curam filij, qui in 482
amentiam incidit, habere neglexerint. In quo caſu idem ſeruari præcipitur, quod in caſu, quo filius ſimilem habuerit negligentiam in curando parente, qui amens effectus eſt: & quid illud ſit, tam de jure communi, quàm Luſitano, habes *ſupra in d. §. 7. num. 294. & ſeqq.*

Septima eſt, ſi filius, aut filia in capti- 483
uitate detineatur, & parentes eum redimere neglexerint. In quo caſu ea omnia ſeruari jubentur, quæ in ſimili decernuntur, quando parens in captiuitate detinetur, & per negligentiam liberorum redemptus non eſt. Atque idem fermè decernitur in jure Luſitano *d. tit. 89. §. 6.* vbi etiam in præſenti cauſa ſeruari præcipitur, quod eodem jure decernitur pro caſu, quo filius parentem captiuum redimere neglexit. Quæ omnia tradita ſunt à nobis *§. 7. num. 298. & ſeq.* vbi vide.

Octaua eſt, ſi filius eſt Catholicus, pa- 484
rens verò hæreticus. Quod etiam decernitur in jure Luſitano *vbi ſup. §. 7.*

Additur denique in jure Luſitano *d. tit. 89. §. 8.* omnes prædictas cauſas, ex quibus pater vel mater juxta idem jus Luſitan. poteſt exhæredari à filio, vel filia, locum etiam habere in auo, & auia, quæ ſimile maleficium commiſiſſet aduerſus nepotem, vel neptem. Et idem eſt de jure communi, juxta *d. Auth. Vt cum de appellat.* vbi omnes prædictæ cauſæ decernuntur pro liberis aduerſus parentes: conſtat autem nomine liberorum, non tantùm filios, ſed etiam nepotes, & reliquos, etiam per fœmineum ſexum deſcendentes comprehendi, *l. Cognoſcere, §. Liberorum, ff. de Verb. ſignif.*

Cæ-

Cæteræ, quæ circa exhæredationem parentum, ejuſque cauſas dici poſſent, colliges ex ijs, quæ pro exhæredatione liberorum dicta ſunt §. 6. & 8.

§. 16. *Vtrum parentes illegitimi, vel legitimi, qui naturales non ſunt, ſint neceſſariò inſtituendi in teſtamentis liberorum? Et quid de conſanguineis collateralibus teſtatoris?*

SUMMARIUM.

Filij legitimati, qui jus habent, vt in teſtamento parentum hæredes inſtituantur, pari neceſsitate, ſi deſcẽdẽtibus careant, tenentur in ſuis teſtamentis ipſos parentes inſtituere; numer. 485. & ſeq.

Quemadmodum liberi ſuccedunt parentibus, & alijs aſcendentibus, etiam contra eorum teſtamentum, ſi in eo ſint præteriti, vel injuſtè exhæredati: ita pariter ipſi parentes ſuccedunt liberis; d. num. 485.

Filij naturales, non tenentur de jure communi inſtituere in ſuis teſtamentis patrem, nec alios aſcendentes lineæ paternæ: ſecus verò matrem, & aſcendentes ex parte matris, ſi ipſi prole ſucceſsibili careant. De jure autem Luſitano etiam patres, & alios aſcendentes paternos, (ſi ſint plebeij, inſtituere tenentur; num. 487.

Spurij non tenentur, nec poſſunt, in ſuo teſtamento inſtituere patrem, nec aliquid præter alimenta ei relinquere: poſſunt autem inſtituere auum, niſi prolem ſucceſsibilem habeant. Matrem verò inſtituere tenentur, ſi non ſit illuſtris, nec ex coitu punibili geniti ſint, niſi prolem ſucceſsibilem habeant; num. 488. cum ſeqq.

Filij adoptiui, qui tranſeunt in poteſtatem adoptantis (quales ſunt arrogati, & qui dati ſunt in adoptionem alicui aſcendenti, in cujus poteſtate eorum pater non eſt) ſi habeant bona, in quibus teſtari poſſint, & in eis, durante adoptione, teſtentur, tenentur patrem adoptiuum inſtituere. Secus verò, qui in adoptantis poteſtatem non tranſeunt; num. 492. & ſeqq.

Nullum conſanguineum tranſuerſalem tenetur teſtator hæredem inſtituere; numer. 497.

Frater præteritus, vel abſque legitima cauſa exhæredatus in teſtamento alterius fratris, poteſt agere querelâ inofficioſi aduerſus tale teſtamentum ad hæreditatem ſibi obtinendam, ſi defunctus in eo teſtamento perſonam turpem inſtituit; ſub d. num. 494. Id verò intelligitur primò, niſi frater eſſet tantùm vterinus; neque id conceditur conſobrino ob repræſentationem patris; num. 498. Secundò, niſi frater eſſet ingratus teſtatori. Et quomodo id ſit intelligendum? num. 499. Tertiò, niſi perſona turpis inſtituta jam eſſet emendata tempore mortis teſtatoris; num. 500. Quartò, niſi frater præteritus, vel exhæredatus, ſimili turpitudine laboraret; num. 501. Quintò, niſi perſona turpis inſtituta, eſſet aliâs fratri defuncto ab inteſtato ſucceſſura; num. 502. Sextò, niſi teſtator eſſet miles, vel clericus; num. 503.

Vtrum annullato fratris teſtamento per ſupradictam querelam, annullentur etiam legata, & fideicommiſſa in eo relicta? num. 504. & ſeq.

Vtrum per prædictam querelam rumpatur teſtamentum fratris in totum, vel ſolùm quoad legitimam? num. 506.

Vtrum, ſi frater ſit inſtitutus in legitima, adhuc poſsit rumpere teſtamentum fratris, ſi perſona turpis in eo ſit inſtituta? Et quanta bonorum pars ſit hodie ea legitima? num. 507.

Vtrum teſtamentum fratris ruptum per prædictam querelam ſuſtineatur in vim fideicommiſsi, ſi in eo appoſita ſit clauſula Codicillaris? numer. 508. remiſsiuè.

PArentes illegitimos in triplici differentia hic accipimus: primò pro ijs, qui liberos habent legitimatos, ſiue naturales, ſiue ſpurios: ſecundò, pro ijs, qui habent liberos naturales, non legitimatos: tertiò pro illis, qui habent liberos ſpurios, etiam non legitimatos: per parentes vero legitimos non naturales intelligimus adoptiuos. Ac de his omnibus præſens quæſtio principalis procedit; quam breuiſsimè per aliquot concluſiones juxta doctrinam ſupra traditam expediemus, tandemque de conſanguineis collateralibus teſtatoris dicemus.

485 Prima ergo concluſio ſit. Liberi legitimati, qui juxta ſupra tradita §. 10. *num.* 333. *&* §. 11. *num.* 347. *&* §. 12. *num.* 354. jus habent, vt in teſtamentis parentum hæredes inſtituantur, pari neceſsitate viciſsim tenentur in ſuis teſtamentis, ſi prole ſucceſsibili careant, ipſos parentes inſtituere. Hæc concluſio conſtat per generalem regulam ſæpius in ſuperioribus inculcatam; quòd ſicut liberi ſuccedunt parentibus, & alijs aſcendentibus, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato, & contra eorum teſtamentum; ita pariter ipſi parentes, & aſcendentes ſuccedunt liberis prole ſucceſsibili carẽtibus. Quam regulam tradunt Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *num.* 36. *& in l.* 9. *Tauri, num.* 45. & ibi Tello *num.* 24. *& l.* 6. *num.* 19. Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2. *p.* §. 8. *cap.* 5. *num.* 17. Perez *in l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *Ordin. verb. Mandas,* Mattienzo *lib.* 5. *Recopil. tit.* 3. *l.* 6. *Gloſ.* 4. *num.* 11. *& l.* 8. *Gloſ.* 1. *num.* 30. Rojas *Epit. Succeſsion. cap.* 30. *num.* 27. Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 175. *verſ. Quæ hactenus, cum duobus ſeqq. alijſque in locis* Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 34. *num.* 46. *& tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 9. *num.* 18. *& ſeq.* Pichar. *in Rubr. ad Inſtit. de Adoption. num.* 22. & alij paſsim, inter quas Iaſ. *in Rubr. ff. de Acquir. poſſeſ. n.* 1. affirmat hanc regulam, tam affirmatiuè, quàm negatiuè eſſe veram, præterquam in caſibus jure expreſsis, idque vt in ſucceſsione ſeruetur æqualitas, *l. ſ n.* [illegible] *C. [illegible] munia vtriuſq; judic. l. Inter filios, Cod. Famil. erciſ.* quod etiam probatur argum. text. *in l.* 1. *& in l. Nam & ſi parentibus, ff. de Inoffic. teſt. & in Auth. Quib. mod. nat. effician. ſui, c.* 5. §. *De nepotibus, & in* §. *Licet, Inſt. Ad Tertul. & alijs juribus.* Bene autem aduertit Ant. Gom. *d. n.* 36. *fin.* non eodem prorſus modo aſcendentes ſuccedere deſcentibus, ſicut econtra; ſed vtroſque ad inuicem ſuccedere ſecundùm ſuam qualitatem, atque adeo aſcendentes, cum non ſint in poteſtate reſpectu deſcendentium ſolùm ſuccedere ſicut deſcendentes, qui in poteſtate non ſunt, ipſis aſcendentibus ſuccedunt, & non aliter. Quæ diſtinctio in prædicta etiam cõcluſione locum habet.

Confirmatur, & declaratur magis in 486
particulari eadem concluſio; quia ſi liberi ſint legitimati per ſubſequens matrimonium, perinde ſunt legitimi, acſi conſtante jam matrimonio nati eſſent; cùm hæc legitimatio fiat virtute ipſius matrimonij, quaſi jam eſſet contractum, quando illi ſunt nati, vel concepti, vt conſtat ex dictis §. 10. *num.* 333. Et ideo quemadmodum parentes neceſſariò ſunt inſtituendi in teſtamentis liberorum, qui conſtante jam matrimonio nati ſunt, vt §. *præced.* dictum eſt, ita pariter inſtitui debent in teſtamentis taliter legitimatorũ; cùm eadem in eis ſit ratio. Atque idem eſt in legitimatis per diſpenſationem in radice matrimonij: quia hi etiam perinde quoad omnia legitimi euadunt, acſi ex legitimo matrimonio eſſent procreati, vt ex communi ſententia tradidimus §. 11. *n.* 347. Si autem ſint legitimati per reſcriptum Principis, hi etiam ſi verè, ac ſine reſtrictione legitimati ſint, & non tantùm diſpenſati, nihil à legitimis differunt, vt decernitur *in d. Auth. Quib. mod. natur. effician. legit.* §. *Sit igitur licentia, & in Auth. Quib. mod. nat. effician. ſui,* §. *Sit igitur licentia.* Ergo his etiam [illegible] patres, quibus legitimati ſunt [illegible] a ijs filijs legitimis, & ſimiliter in eorum [illegible] teſtamentis inſtitui debe[illegible]

Secunda concluſio. [illegible] jure cõmuni filij naturales nõ ten[illegible] inſtituere in ſuis teſta-

teſtamentis patrem naturalem, neque alios aſcendentes per lineam paternam: ſecus verò matrem, & aſcendentes ex parte matris. Vtraque hujus concluſionis pars conſtat facilè ex dictis §. 13. *concl.* 1. 2. *&* 3. vbi cum communi oſtendimus patrem, & alios aſcendentes per viam paternam non teneri de jure communi inſtituere filios, vel nepotes naturales, neque aliquid eis relinquere, præter alimenta; matrem verò, & aſcendentes ex parte matris teneri inſtituere. Ex qua reſolutione juxta regulam ſupra traditam *num.* 485. planè deducitur, quòd etiam econtra filij naturales non tenentur patrem, & aſcendentes paternos inſtituere: ſecus verò matrem, & aſcendentes maternos, vt parem deuotionem erga illos ſeruent, juxta *Auth. Quib. mod. nat. effician. ſui, §. De nepotibus, & Auth. Licet, Cod. de Natural. lib.* Et hęc eſt communis DD. ſententia, dum vniuerſim aſſerunt, teſte Molin. *tom.* 1. *diſp.* 166. *concluſ.* 8. quod de jure communi, in qua portione, & quomodo filij naturales, & nepotes ſuccedunt matribus, & alijs aſcendentibus maternis, in eadem matres, & dicti aſcendentes illis ſuccedunt. Quod intellige, niſi ipſi deſcendentes prolem ſucceſsibilem habeant, cùm hæc quoslibet aſcendentes excludat, *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* De jure autem Luſitano, etiam patres & alios aſcendentes paternos, ſi ſint plebeij, tenentur liberi naturales inſtituere, quia ipſi patres, & aſcendentes plebeij de jure hujus Regni *lib.* 4. *Ord. tit.* 92. *in princ.* naturales liberos inſtituere tenētur in ſuis teſtamentis, vt tradidimus, & latè declarauimus *d.* §. 13. *à n.* 407.

488 Tertia concluſio. Spurij non tenentur, nec poſſunt in ſuo teſtamento inſtituere patrem, nec aliquid ei relinquere; poſſunt autem inſtituere auum, niſi habeant prolem legitimam, ſeu ſucceſsibilem: matrem verò inſtituere tenentur, ſi non ſit illuſtris, neque ex coitu damnato, & punibili geniti ſint. Quòd non teneantur inſtituere patrem, certiſsimum eſt; quia reſpectu patris omnino reputantur extranei, adeo vt ne naturales quidem reſpectu illius nominentur, *§. vlt. Auth. Quib. mod nat. effician. ſui.* Vnde etiam conſtat, nō teneri aliquid ei relinquere. Quod tamen intelligendum eſt, exceptis alimentis, ſi pater aliunde non habeat, vnde ſuſtentetur: nam quemadmodum pater de jure Canonico poteſt, & debet filio ſpurio prouidere de alimentis, vt cum cōmuni tradidimus *ſect.* 1. *hujus diſput.* §. 4. *quæſt.* 1. ita pariter ipſe indigenti patri ſuccurrere tenetur, vt par pietas inter illos ſeruetur.

Deinde, quòd nec poſsint patrem inſtituere, nec aliquid præter alimenta, ei relinquere, ſatis ex eo conſtat, quia pater omnino prohibetur hæreditatem, aliquidue aliud præter alimenta ipſi relinquere, vel donare, vt latè probatum, & declaratum eſt, *d. ſect.* 1. §. 2. *num.* 35. *& ſeqq.* Vnde juxta regulam ſupra traditam *num.* 485. rectè deducitur, eos ſimiliter prohiberi reſpectu patris, nam regula illa, non ſolùm eſt vera affirmatiuè, (id eſt, vt quemadmodum liberi poſſunt capere à parentibus, ita parentes à liberis) ſed etiam negatiuè, (ideſt, vt ſi liberi à parentibus capere non poſſunt, etiam econtra parentes non poſsint ab illis capere.) Sic enim eam intellexit Iaſ. quem citat, & ſequitur Rojas *Epit. Succeſſ. cap.* 30. *num.* 27. vbi ex illa probat, quòd ſicut ſpurij non ſuccedunt in bonis patris, ita neque pater in bonis illorum; pro qua reſolutione plurimos DD. refert; credo tamen non eſſe improbabile dictam regulam in præſenti fallere, faciléque ſuſtineri poſſe, quòd ſpurij prole ſucceſsibili carētes patrem inſtituere poſsint. Moueor ex doctrina ejuſdem Rojas *d. Epit. Succeſſ. cap.* 31. *n.* 37. vbi cum Pet. Rubio tenet, quòd licèt filius illegitimus non poſsit obtinere beneficiū patris abſque diſpenſatione, *cap. Præſertim, cap. Ex tranſmiſſa, c. Michael, de Filijs præsbyt.* tamen pater abſq; diſpenſatione beneficium filij habere poteſt, cùm id non reperiatur expreſsè prohibitū; & cū materia ſit odioſa extendi non debeat. Quæ ratio etiam in noſtro caſu militat, quia nullo jure cautum inuenio ne ſpurius patri poſsit relinquere.

490 Quòd verò poſsint inſtituere auum paternum, ſi prole careant legitima, citra dubium eſt, ex prædicta regula mutuæ ſucceſsionis inter aſcendentes, & deſcendentes. Nam, vt *ſect.* 1. *hujus diſp.* §. 3. *num.* 51. *& ſeqq.* ex communi omnium ſententia tradidimus, auus paternus carens prole ſucceſsibili ſpurium nepotem inſtituere poteſt. Et ita in vniuerſum docent bene Molina *diſp.* 167. *concluſ.* 2. *ad finem, & concluſ.* 11. *&* 12. *verſ. In regno Caſtellæ* Ducñas, Peregr. Sanch Emman. Barboſa, & multi alij à nobis relati, *d.* §. 3. *num.* 64. Quòd vt ſpurius poteſt, aut non poteſt ſuccedere aliquibus perſonis; ita viciſsim perſonæ illæ poſſunt, aut non poſſunt ipſi ſpurio ſuccedere.

Quod denique teneantur inſtituere
491 matrem, ſi non ſit illuſtris, neque ipſi ex coitu damnato, & punibili geniti ſint, conſtat ſimiliter per dictam regulam mutuæ ſucceſsionis; quia tales ſpurij ſucceſsibiles ſunt reſpectu matris non illuſtris, vt ſumitur ex *l. Si ſuſpecta*, §. 1. *ff. de Inoffic. teſtam.* ibi; *De inofficioſo teſtamento matris ſpurij quoque dicere poßunt*: quod intelligitur, ſi mater non ſit illuſtris, vt per *l. Si qua illuſtris, Cod. Ad Orfic.* & niſi coitus ſit punibilis, vt ibidem exponit Gloſ. Quam ſententiam latè, & multis relatis DD. explicuimus, multiſque exemplis illuſtrauimus *dicta ſect.* 1. §. 2. *num.* 39. *& ſeqq.* tam ſpectato jure communi, quàm Luſitano. Intelligitur etiam, niſi ipſi prolem ſucceſsibilem habeant, vt per ſupra dicta.

492 Quarta concluſio. Filij adoptiui, qui in adoptantis poteſtatem tranſeunt (ideſt arrogati, & qui dati ſunt in adoptionem alicui aſcendenti, in cujus poteſtate eorum pater non eſt, vt probatum eſt *ſupra*, §. 14. *num.* 430.) ſi habeant bona, in quibus teſtandi habeant facultatem (ideſt Caſtrenſia, vel quaſi Caſtrenſia) & in eis durante adoptione teſtentur, inſtituere tenentur patrem adoptiuum, ſicut filij naturales in poteſtate, patrem naturalem: ſecus verò filij adoptiui, qui in adoptantis poteſtatem non tranſeunt. Hæc vltima concluſionis pars omni prorſus caret difficultate: nam adoptati, qui non tranſeunt in poteſtatem adoptantis, ſunt filijfamilias, qui ſub patris naturalis poteſtate manent; & nihil per eorum adoptionem in patrem adoptiuum tranſit, neque vlla jura patris naturalis ſoluuntur, §. *Sed hodie*, *Inſtit. de Adoption. l. Cum in adoptiuis in princip. Cod. eodem tit.* Ergo quamuis talis filius habeat bona in quibus teſtari poſſit, & in eis teſtetur, nullum jus habet pater adoptiuus, vt ab eo inſtituatur, aliquidue ſibi relinquatur, ſed totum jus ei ſuccedendi, etiam ab inteſtato, ſpectat ad ejus parentes naturales, vel alios hæredes, perinde ac ſi adoptatus non eſſet.

Prior verò pars maiori explicatione 493
indiget, vt probè intelligatur, & probetur. Et in primis diſtinguendum eſt inter arrogatum puberem, & impuberem. Nam ſi ſit impubes, nullo in caſu teſtari poteſt, etiamſi habeat bona Caſtrenſia; quia impubes eſt prorſus inhabilis ad teſtandum, ob ætatis defectum, *l. Quia ætate, ff de Teſtam.* §. *Præterea, Inſtitut. Quibus non eſt permiß. facere teſtament.* & ſic locum in eo non habet præfata concluſio, cùm nemo poſsit, aut debeat hæres inſtitui, niſi ab eo qui teſtamenti habet factionem. Accedit, quòd impuberi arrogato, neque ab inteſtato ſuccedit arrogator, niſi cùm obligatione reſtituendi omnia ejus bona ijs perſonis, quæ illi ab inteſtato ſuccederent, ſi arrogatus non eſſet, vt conſtat ex §. *Cùm autem*, *Inſtit. de Adoption.* & declarat bene Pichar. *in* §. *Mortuo, num.* 34. *Inſtit. de Acquiſit. per arrogationem.*

Si autem arrogatus ſit pubes, tunc eti- 494
am, cùm ſit ſub poteſtate patris adoptiui, ejuſque juri ſubjectus, teſtabilis non eſt, niſi de bonis Caſtrenſibus, aut quaſi Caſtrenſibus, ſi ea habeat; *Inſtit. Quibus non eſt permißum facere teſtam. in princ.* & ſic in hoc etiam caſu ſi bona illa non habeat, vel in eis non teſtetur, locum in eo non habet prædicta concluſio, ſed ei abſque liberis decedenti, non diſſolutâ priùs arrogatione, ſuccedit ab inteſ-

tato

tato, pater adoptiuus, vnà cum fratribus, & ſororibus vtrinque ipſi defuncto conjunctis, vt tenet Acurſ. *in d. §. Mortuo, verb. Aliæ perſonæ*, argum. text. *in Auth. de Hæredib. ab inteſt. §. Conſequens, & Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* vbi ad ſucceſsionem ab inteſtato filij naturalis, & legitimi abſque liberis decedentis, fratres & ſorores illius ei vtrinque conjuncti ſimul cum ejus parentibus vocantur. Quod argumentum mihi videtur optimum, cùm arrogatio ad imitationem naturalis generationis inducta ſit, & arrogator locum, & jura patris naturalis obtineat. Non deſunt autem, qui aliter ſentiant, vt videre eſt apud Pichar. *in d. §. Mortuo, num.* 21. ſed in hac re non contendo; quemadmodum nec in ea quæſtione, quam Pichar. ibidem agitat, vtrùm arrogator in caſu propoſito matrem arrogati excludat, vel ſimul cum ea concurrat? Cum hæ controuerſiæ ſpectent ad ſucceſsionem ab inteſtato, de qua hìc non agimus.

495 Si verò dictus pubes arrogatus habeat bona Caſtrenſia, & in eis durante adoptione teſtetur, (qui eſt proprius caſus traditæ concluſionis) tunc ſi liberos non habeat, dicimus, debere inſtituere patrem adoptiuum in portione legitima, quemadmodum filius naturalis in poteſtate inſtituere tenetur patrem naturalem. Fundamentum eſt, quia reſpectu arrogati habet pater adoptiuus locum & jura, quæ pater naturalis habet reſpectu filij in poteſtate, vt conſtat ex dictis, & bene probat Pichar. *in dict. §. Mortuo, num.* 5. *Inſtit. de Acquiſit. per arrogat.* Filius autem in poteſtate patris naturalis, ſi habeat bona in quibus teſtandi facultate potiatur (id eſt Caſtrenſia, vel quaſi Caſtrenſia) & in eis teſtetur, tenetur de jure patrem naturalem inſtituere in portione legitima, & ſi eum prætereat, vel injuſtè exhæredet, poteſt pater teſtamentum impugnare, vt expreſsè habetur *in Authent. Vt cum de appellat. cap.* 3. *in princip.* ergo ſimiliter dicendum in patre adoptiuo reſpectu arrogati. Confirmatur, quia arrogator teſtamentum condens tenetur inſtituere arrogatum, niſi ex juſta cauſa illum exhæredet, vt latè probauimus §. 14. *numer.* 448. Ergo etiam econtra, arrogatus teſtamentum faciens debet ſimiliter inſtituere arrogatorem, juxta regulam ſupra traditam *numer.* 489. Quod intelligendum eſt, niſi arrogatus prolem ſucceſsibilem habeat; cùm hæc etiam parentibus naturalibus in liberorum ſucceſsione præferatur, *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.*

Denique quæ hìc dicta ſunt de arrogatis reſpectu arrogatoris, pari modo procedunt in adoptatis reſpectu adoptantis, in cujus poteſtatem tranſeunt. Nam jura, quæ de illis ſunt, in his etiam ſeruantur, *§. Sed ea omnia, Inſtit. de Hæreditat. quæ ab inteſtat. defer.* 496

Vltima concluſio. Nullum tranſuerſalem conſanguineum etiam conjunctiſſimum tenetur teſtator hæredem inſtituere. Eſt concluſio certa, & apud omnes recepta; quia nullo jure cauetur, vt quis vllum conſanguineum, præter deſcendentes, vel aſcendentes, inſtituere teneatur. In vno tamen caſu conceditur fratri prætetito, vel exhæredato abſque legitima cauſa, vt poſsit per querelam inofficioſi agere ad reſcindendum teſtamentum fratris, & obtinendam hæreditatem alteri relictam: quando ſcilicet frater defunctus ſibi hæredem inſtituit perſonam infamem, aut turpem: ſic habetur *in l. Fratres, C. de Inof. teſt. & Inſtit. eod. tit. in princ. & Ord. Luſit. lib.* 4. *tit.* 90. *§.* 1. vbi perſona turpis ad hūc effectū dicitur, quæ de jure, vel de facto eſt infamis, vt ſi inſtitutus inter probos viros reputaretur vilis, & malè moratus, eoquòd eſſet ebrioſus, vel ludo, ſimiliuè turpitudini deditus. Quæ autem ſimilis turpitudo cēſēda ſit, arbitrio prudētis judicis relinquitur. Et videri circa hoc poſſūt Emman. Barb. *in Remiſ. ad cit. loc. Ord.* Ant. Gom *tom.* 1. *Var. c.* 11. *n.* 38. Menchac. *lib.* 1. *de Succeſ. creat. §.* 10. *n.* 608. & Cald. Pereir. *in Coment. ad Inſtit. de Inoffic. teſtam. §. Soror, à n* 42. vbi latè per plura exempla declarant, quæ perſonæ ad dictum effectum ſint turpes. 497

Intellige verò hunc caſum primò,
498 quando frater præteritus, vel exhæredatus, eſſet vtrinque, vel ſaltem ex parte patris, defuncto conjunctus; non verò ſi ſolùm ſit vterinus, ideſt, conjunctus ex parte matris, *d. l. Fratres, Cod. de Inoffic. teſtam.* Utrum autem idem jus concedatur conſobrino defuncti ob repræſentationem patris? Negant meritò Anton. Gom. *d. cap.* 11. *num.* 37. *limit.* 2. Menchaca *de Succeſſ. creat. lib.* 1. *§.* 10. *num.* 597. & Molin. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 159. *fine*, quia nullis collateralibus præteritis, ſed ſolis fratribus illa actio conceditur; neque repræſentatio datur in ſucceſsione ex teſtamento, vel contra teſtamentum, vt cum communi tradit Menchaca *loc. citat.*

499 Intellige ſecundò, quando dictus frater non eſſet ingratus teſtatori, ob aliquã ex tribus cauſis aſsignatis in *Auth. De nuptijs*, *§. Ingratitudinem*, quòd ſcilicet machinatus fuerit illius mortem, aut illum criminaliter accuſauerit, aut jacturam in bonis ei inferre conatus fuerit. Ingratus enim ex qualibet harum cauſarum à ſucceſsione fratris excluditur, etiamſi perſona turpis ab illo fuerit inſtituta: Gloſ. *in d. §. Ingratitudinem, verb. Lucrum*, & communis DD. quam refert, & ſequitur Anton. Gom. *vbi ſup. limit.* 3. Idemque ſtatuitur in jure Luſitano *d. tit.* 90. *§. vltim.* vbi alia cauſa additur, nempe, ſi talis frater cum vxore teſtatoris rem habuit. Neq; ad fratrem excludendum ob aliquam ex dictis cauſis neceſſarium eſt, vt cauſa exprimatur in teſtamento, ſed ſatis eſt quòd poſtea probetur, vt colligitur ex *ex d. §. Ingratitudinem*, & docet cum Barthol. Bald. Paul. Caſtr. & multis alijs Anton. Gom. *loc. citat. limit.* 4. eſtque penè expreſſum in jure Luſit. *d. §. vltim.* ibi; *Se ſe contra elle prouar.* Et ita etiam docet Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad eum locum.*

Intellige tertiò, quando perſona tur-
500 pis inſtituta, non eſſet jam emendata; ſi enim jam ſit redacta in meliorem frugem tempore mortis teſtatoris, non habet locum dicta querela fratribus præteritis conceſſa; cùm defunctus dignum reliquerit hæredem. Et ita relatis alijs docent Menchaca *d. §.* 10. *num.* 600. & Cald. Pereir. *Comment. in tit. Inſtit. de Inoffic. teſtam. §. Soror, num.* 38. & conſentiunt alij, quos citat, & ſequitur Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 90. *§.* 1. *num.* 4.

Intellige quartò, quando frater præte- 501
ritus, vel exhæredatus ſimili turpitudine non laborat. Nam ſi fuerit tam vilis, turpis, aut infamis vt hæres inſtitutus, impugnare teſtamentum non poterit, vt expreſsè habetur in d. jure Luſitan. *§.* 1. & bene de jure communi probat cum Barthol. Bald. Iaſ. Fulgoſ. & alijs Cald. Per. *in d. §. Soror, num.* 30. & Menchac. *d. §.* 10. *num.* 603. Nam quo quis laborat vitio, alteri objicere non poteſt, neque turpitudinem in ſe admiſſam in altero punire debet, *l. In arenam, Cod. de Inoffic. teſtament.* Idem tradit Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, cap.* 15. *per l.* 45. *ff. Solut. Matrimon.*

Intellige quintò, quando turpis perſo- 502
na inſtituta, non eſſet aliàs fratri defuncto ab inteſtato ſucceſſura. Ita relatis multis antiquioribus Anton. Gom. *d. cap.* 11. *num.* 37. *fine*, Mcnoch. *d. §.* 10. *numer.* 604. & Cald. Pereir. *in d. § Soror, num.* 33. Et ratio eſt, quià turpitudo non excludit cognatos ſuccedentes ab inteſtato, *l. Cognatis, ff. Vnde cognati, d. l. In arenam, Cod. de Inoffic. teſtam.* Ergo multò minùs debet excludere ex teſtamento, cùm præter approbationem legis, ex qua admittuntur ad hæreditatem ab inteſtato, habeant expreſſam voluntatem ipſius teſtatoris, qui eos hæredes inſtituit. 503

Intellige ſextò, niſi teſtator eſſet miles, vel clericus; cùm eorum teſtamenta non ſubjaceant querelæ, etiamſi deſcendentes, vel aſcendentes prætereant, juxta probabiliorem ſententiam, quam ſupra, re plenè diſcuſſa, tradidimus *§.* 5. *à princip.* conſentiunt Menchaca *d. §.* 10. *num.* 606. & Cald. *ſupra, num.* 39. quando miles, vel clericus teſtaretur de Caſtrenſibus, aut quaſi Caſtrenſibus: credo autem idem eſſe, quando de alijs bonis teſta-

men-

mentum conderent.

504 Præterea, circa prædictum caſum inquires primò. Vtrum reſciſſo per dictam querelam fratris teſtamento, annullentur etiam legata, & fideicommiſſa in eo relicta? Affirmat communis ſententia, quam multis citatis DD. refert, & ſequitur Menchaca *lib.* 1. *de Succeſſ. creat.* §. 10. *num.* 508. *& ſeqq.* Eo fundamento, quia licèt hodie ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis injuſtæ ſolùm quoad inſtitutiones teſtamenta infirmentur, vt dicitur *in Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter.* id fuit introductum contra jus antiquum pro ſolis teſtamentis, in quibus deſcendentes, vel aſcendentes injuſtè fuiſſent præteriti, vel exhæredati, vt conſtat ex *Auth. Vt cum de appellat.* ex quo *d. Auth. Ex cauſa,* deſumpta eſt. Vnde cùm juris correctio ſit odioſa, non debet id extendi ad caſum, quo teſtamentum reſcinditur ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis fratris, ſed ſeruandum eſt jus antiquum, quo talia teſtamenta, etiam quoad legata, & fideicommiſſa infirmantur.

505 Nihilominus contraria ſententia videtur verior, pro qua multos etiam DD. adducit Menchaca *ſupra, num.* 582. & Tiraquel. eam ſequens *in l. Si vnquam, verb. Libertis, num.* 37. *Cod. de Reuoc. donat.* Nam ſi reſciſſo teſtamento ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis parentum, qui omnino debebant inſtitui, legata, & fideicommiſſa conſeruantur aduerſus ipſos parentes, multò magis conſeruari debent aduerſus fratrem, quæ relicta ſunt in teſtamento reſciſſo ob perſonam turpem, fratre præterito, inſtitutam, cùm nullo jure ipſi fratri debitum ſit, quòd inſtituatur, ſed tantùm quòd eo omiſſo non inſtituatur perſona turpis: quod quidem debitum non eſt adeo rigoroſum, ſicut quo deſcendentes, & aſcendentes inſtitui debent. Neque obſtat argumentum Aduerſariorum: quia caſus omiſſus, vbi eſt eadem, vel maior ratio, cenſetur comprehenſus ſub expreſſo, argum. *l. His ſolis, Cod. de Reuocan. donat.* præſertim quando vſus caſûs expreſsi eſt valde frequens, omiſsi verò rarus, vt in præſenti: nam tunc cenſetur poni expreſſus gratiâ frequentioris vſus, & omiſſus habetur pro expreſſo, juxta receptas juris regulas. Et ſic in præſenti non datur extenſio, ſed comprehenſio caſus omiſsi ſub expreſſo, cui comprehenſioni nihil obſtat juris correctio, quam Aduerſarij conſiderant.

Inquires ſecundò, vtrum dictus frater præteritus, vel exhæredatus rumpat teſtamentum in totum, vel ſolùm quoad legitimam? Rumpere in totum, docent Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *numer.* 37. *limit.* 5. Menchaca, *d.* §. 10. *numer.* 586. & alij, quos referunt. Fundantur *in l. Pantonius, ff. Si à parente quis manumiſſ. ſit,* vbi pater præteritus à filio emancipato, licèt ſolùm rumpat teſtamẽtum in partem, ſi ſit inſtituta perſona honeſta; at rumpit in totum, ſi eſt inſtituta perſona turpis. Hoc tamen argumentum mihi potiùs contrarium probat. Nam pater præteritus, inſtituta perſona turpi, duplicem recipit injuriam: alteram, eo quod ſit præteritus, cùm abſolutè deberet inſtitui; alteram, quod turpis perſona ei prælata ſit, at verò fratri vna tantùm fit injuria, quòd ſcilicet perſona turpis ei præferatur, quia non habet abſolutè jus, vt inſtituatur, ſed ſolùm, vt eo præterito non inſtituatur perſona turpis. Vnde ſicut pater, quando vnam tantùm recipit injuriam, ſolùm pro parte rumpit teſtamentum; ita etiam frater ſolùm pro parte rumpere poterit. Quando autem ſimul cum perſona turpi inſtituta eſſet alia honeſta, tunc ſine controuerſia ſolùm pro parte turpis perſonæ poterit frater teſtamentum rumpere, vt cum Barthol. Bald. & alijs *in d. l. Fratres,* notat Ant. Gom. *vbi ſupra, limit.* 1. *argum l. Cum duobus, Cod. de Inoffic. & in l. Circa, ff. eod. tit.* At ſi illa perſona turpis repudiet, accreſcet illius pars alteri inſtituto, & frater præteritus omnino excludetur, vt ijdem DD. notant. 506

Inquires tertiò, vtrum ſi frater ſit inſtitutus in legitima, (quæ olim erat quarta pars bonorum, nec hodie videtur aucta ad trientem, vt ſentit Gom. *ſup. limit.* 6. licèt 507

licet contradicat Menchaca *d. §. 10. ſub num. 582.*) aliquatè parte illius, adhuc nihilominus poſsit teſtamentum rumpere, eoquod perſona turpis in eo etiam inſtituta ſit? Affirmat Anton. Gom. *loc. citat.* cum Gulliel. de Cunio, & Paul. de Caſtr. At contrarium meritò docent, relatis alijs, Menchaca *d. §. 10. numer.* 589. dicens eſſe magis communem DD. licèt eam non firmet, Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordinat. Reg. lib. 4. tit. 90. §. 1. num.* 3. & Stephan. Gratian. *Diſcept. forenſ. cap.* 135. *num.* 23. quia non debet frater eſſe melioris conditionis, quàm liberi, & parentes; qui ſi in aliqua parte bonorum inſtituti ſint, teſtamentum non rumpunt, ſed ſi ea pars ſit minor, quàm legitima, ſolùm agunt ad ſupplementum, & querelam mouere non poſſunt, *l. Omnimodo, Cod. de Inoffic. teſtam. Auth. Vt cum de appellat. §. Hæc autem diſpoſuimus.*

508 Inquires quartò, vtrùm teſtamentum ruptum à fratre ob perſonam turpem in eo inſtitutam, ſuſtineatur in vim fideicómiſsi, ſi in eo ſit appoſita clauſula Codicillaris? Huic quæſtioni plenè ſatisfactum eſt *ſup. diſp.* 2. *ſect.* 10. *§.* 14. *num.* 605. *& multis ſeqq.*

Plura circa prædictum caſum congerit Menchaca *d. §.* 10. *à num.* 552. ſed quia non ſunt magni momenti, & ne in caſu rarò contingenti infinitus ſim, ſatius duco ea omittere, cùm facilè apud illum videri poſsint.

§. 17. *Vtrum in teſtamento liberti oporteat inſtitui ejus patronum?*

SUMMARIUM.

Quis dicatur patronus liberti, & quam ob cauſam? num. 509.

Libertus liberis carens, & pluſquam centum aureos in bonis habens, ſi teſtamentum condat, tenetur inſtituere patronum in tertia parte bonorũ, & ſi illum prætereat, competit patrono bonorum poſſeſsio contra tabulas ad illam tertiam conſequendam: ſecus verò ſi liberos habeat, vel tota ejus ſubſtantia centum aureos non excedat; numer. 510.

Patronus non rumpit in totum teſtamentum liberti ex d. cauſa præteritionis, ſed ſolùm quoad tertiam ſibi pro legitima debitam; num. 511.

AD complementum præſentis diſputationis, hæc vna ſupereſt quæſtio pro cujus reſolutione notandũ, liberti patronum dici, tum eum qui liberaliter, ideſt, abſque pretio, & recompenſatione libertatem illi conceſsit, etiamſi aliquod grauamen impoſuerit: tum etiam eum qui in ipſo jure patronatus illi primo concedenti, ſucceſsit. Quare ſi vir, & vxor communem ſeruum manumiſerint, ambo ſunt patroni reſpectu illius manumiſsi, & per eorum mortem tranſit jus talis patronatus ad eorum liberos: poteſunt autem ipſum libertum aſsignare vni liberorum, quos in poteſtate habuerint, vt is ſolus poſt ipſorum parentum mortẽ patronus habeatur, *Inſtit. de Aſsignat. libert.* Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp.* 160. *fine*, & omnes. 509

His præmiſsis, ad propoſitam quæſtionem dico breuiter. Si libertus liberis careat, vel eos exhæredauerit, & pluſquam centum aureos in bonis habens teſtamentum faciat, tenetur inſtituere patronum in tertia parte bonorum; & ſi illum prætereat, competit ipſi patrono bonorum poſſeſsio contra tabulas ad illam tertiam conſequendam: ſecus verò ſi liberos habeat, vel tota ejus ſubſtantia centum aureos non excedat. Ita correctis antiquioribus juribus expreſsè decernitur, *§. Sed noſtra Conſtitutio, Inſtit. de Succeſsione libertorum.* Quomodo autem intelligendi, ſeu computandi ſint illi centum aurei? Explicat Molina *d. diſp.* 160. *verſ. Obſerua*, aureum hoc loco non eſſe, vt accipitur in Caſtella, vbi vnus aureus 510

reus continet vndecim regales argenteos; neque vt in Luſitania, vbi continet quadringentos regales æreos; ſed eſſe valoris quatuordecim regalium, & nouem marauedinorum. Probat ex traditis per Couar. *Opuſc. de Monetis*, *cap.* 3. *§.* 1. *&* 2. *num.* 6. fides ſit penes authorem. Ego dicerem ſtandum eſſe conſuetudini locorum.

511 Illud præterea notandum, licèt patronus præteritus poſsit in dicto caſu venire contra teſtamentum per contra tabulas; attamen non reſcindere illud in totum, ſed ſolùm quoad legitimam, ſeu tertiam illi debitam, vt colligitur ex *d. §. Sed noſtra*, ibi, *Ex noſtra Conſtitutione per bonorum poſſeſsionem contra tabulas, tertiam bonorum liberti conſequetur*; & probat etiam text. *in l.* 1. *Cod. de Bonor. poſſeſſ. contra tab. liber. & in l. Inſeruitutem, §. fin. & in l. Si ex patronis, in princip. & in l. Si libertus cum duos, & in l. Si libertus ſub conditione, §. Si libertus, ff. de Bon. libert.* Quæ jura in hanc ſententiam allegat eam probans Valaſc. *conſult.* 94. *num.* 11. Qua ratione autem patronus, & alij ſuccedant liberto ab inteſtato, vide *in eod. §. Sed noſtra*, vbi DD. de qua re etiam Molina *d. diſp.* 160. Et hæc ſatis pro materia hujus diſput.

DISPUTATIO VI.

De reuocatione teſtamenti.

HActenus dicta ſpectant ad confectionem teſtamenti, quibus ſeruatis, uim habet niſi poſtea infirmetur, ſeu reuocetur. Dicendum igitur nunc eſt de illius reuocatione, quæ duobus modis contingit: vno ex voluntate teſtatoris, altero ex diſpoſitione juris, propter aliquod vitium, vel factum poſtea eueniens, ratione cujus propriè dicitur teſtamentum infirmari: & vtrq; hic modus ad præſentem diſputationem pertinet, præcipuè tamen agendum eſt de primo, nam de ſecundo multa in ſuperioribus jam dicta ſunt, vbi occaſio poſtulabat. Primò igitur, quoad priorem modum, dicemus de facultate, quam teſtator habet ad teſtamentum reuocandum. Secundò, quibus modis hac facultate vti poſsit? Tertiò, vtrùm aliqua ratione eam facultatem ſibi adimere, vel impedire poſsit? Et tandem, quæ ad ſecundum modum pertinent, quambreuiſsimè expediemus, vel perſtringemus.

SECTIO I.

De facultate, quam teſtator habet ad reuocandum teſtamentum.

SUMMARIUM.

TEſtamentum, & quælibet vltima voluntas eſt reuocabilis ex voluntate teſtatoris, quamdiu ille vixerit; nec niſi per ejus mortem confirmatur, num. 1.

Neque promiſsione, neque alio pacto, poteſt quis ſe obligare ad non reuocandū, vel mutandum teſtamentum. Et omnis promiſsio, vel pactū tollens, aut minuens libertatem teſtandi, eſt ipſo jure nullum, num. 2.

Teſtamentum non poteſt reuocari nuda, & ſimplici voluntate, ſed neceſſarium eſt, vt præter voluntatem accedat aliquid aliud ſequenti ſect. explicandum; num. 3. *Et vtrùm id procedat etiam pro foro interno? num* 4.

Cer-

1 CErtiſsimum eſt, teſtamentum & quamlibet vltimam voluntatem reuocabilem eſſe ex voluntate teſtatoris, quoad ille vixerit, nec niſi per ejus mortem confirmari. Eſt enim teſtantis voluntas deambulatoria vſque ad vltimũ vitæ ejus ſpiritum, *l. 3. aliàs, 4. §. vltim. ff. de Adim. legat. l. Cum hic ſtatus, 33. in princip. verſ. Pœnitentiam, ff. de Donat. inter vir. & vxor.* & ſic ſemper eſt quodammodo in fieri, atque adeo dependens ab ipſo teſtatore, vt poſsit eam mutare & reuocare, quandiu in viuis fuerit, neque vllam vim habeat, donec per illius mortem efficiatur vltima, vltra quã alia contraria non datur, *l. 1. Cod. de Sacroſ. Eccleſ. l. 3. Cod. de Codicil. l. Si quis Imperatorem, 6. Cod. Qui teſtam. facere poſ. l. Omnium, 19. verſ. Voluntates etenim, Cod. de Teſtam. cap. Cum Marthæ, in princip. verſ. Nouiſsimum,* (vbi teſtimonio Apoſtoli Pauli id confirmatur) *de Celebrat. miſſar. cum concordantib.*

2 Quod adeo eſt verum, vt neque promiſsione, neque alio pacto poſsit quis ſe obligare ad non reuocandum, vel mutandum teſtamentum: nemo enim in hac materia ſibi poteſt legem imponere, à qua recedere non poſsit, *l. Si quis in princip. 22. ff. de Legat. 3.* & omnis promiſſio, vel pactum teſtandi libertatem tollens, aut minuens, eſt ipſo jure nullum, *l. Si fratres, 53. §. Idem reſpondit ſocietatem, ff. Pro ſocio,* ibi; *Nec libertatem de ſupremis judicijs conſtringere quis poterit*; *l. Stipulatio hoc modo, 61. ff. de Verb. obligat.* ibi; *Stipulatio hoc modo concepta, ſi hæredem me non feceris, tantùm dare ſpondes? Inutilis eſt, quia contra bonos mores eſt hæc ſtipulatio*; *l. 3. ff. de Teſtament.* ibi; *Teſtamenti factio non priuati, ſed publici juris eſt, ideoque forma ejus priuatorum pactis non læditur*; *l. Pactum quod dotali, 15. Cod. de Pact.* ibi; *Neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* Facit *l. Pacta, 6. Cod. eod.* ibi; *Pacta, quæ contra leges, cõſtitutioneſque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris eſt.* Et ita promiſsionem non reuocandi, vel non mutandi teſtamentum eſſe prorſus irritam, & nullam, docent non ſolùm Iuriſtæ ſed etiam Theologi; Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 151. verſ. Ad primum argumentum,* Rebellus *de Obligat. juſt. p. 2. lib. 1. q. 9.* Suar. *tom. 2. de Religione tract. de Iuramento, lib. 2. cap. 29. numer. 21. & 23.* & cæteri communiter.

Si quæras, vtrùm ſaltem valeat pœna, quam teſtator promittens ſe non reuocaturum teſtamentum ſibi imponeret, ſi illud reuocaret, vt ſi dixit; *Si contingat me reuocare hoc teſtamentum, ex nunc dono talia bona inter viuos hæredi ſcripto?* Reſpondetur negatiuè, quia etiam per hujuſmodi pactum minuitur libertas teſtamenti, & inducitur ſtipulatio contra bonos mores, vt conſtat ex *d. l. Stipulatio hoc modo,* & alijs juribus citatis. Et ita relatis multis docet Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 18. numer. 2.* Aliqui hoc limitant, vt non procedat quando pœna adjiceretur reuocationi alicujus legati, vel in fauorem cauſæ piæ. At verius eſſe, neque tunc valere appoſitionem pœnæ, etiam fauore cauſæ piæ, docet cũ alijs idem Sanch. *num.* 3.

3 Cæterùm, quamuis ſemper integrum ſit teſtatori teſtamentum reuocare, tamen de jure id efficere nequit, nuda & ſimplici voluntate, vt dicendo ſe nolle, vt teſtamentum valeat, *§. Ex eo autem ſolo, Inſtit. Quib. mod. teſtam. infirm.* Sed vltra voluntatem neceſſe eſt, vt aliquid aliud de jure requiſitum interueniat; quod, quid ſit, *ſect. ſeq.* explicabitur. Ratio verò eſt, quia actus legitimi, quale eſt teſtamentum, non euertuntur, niſi iiſdem modis, quibus geſti ſunt, *l. Nihil tam naturale, 35. ff. de Regul. jur.* teſtamentum autem nuda voluntate non fit, ſed juſtâ, legitimâ, & ſolemni, vt conſtat ex ejus definitione, & ex dictis tota ferme *diſp.* 2.

4 Vtrum id procedat, non ſolùm in foro externo, ſed etiam in interno, ita vt hæres ſcriptus licitè poſsit adire, & obtinere hære-

hæreditatem ex teſtamento dicta nuda voluntate reuocato? Reſpondetur affirmatiuè, juxta ſententiam, quam tradidimus, & magis probauimus *diſp.* 2. *ſect.* 2. aſſerentem teſtamentum factum nuda voluntate, (idest, abſque ſolemnitatibus jure Ciuili requiſitis) eſſe nullum tam in foro externo, quàm interno; ita vt in nullo foro liceat hęredi ſcripto ex tali teſtamento hæreditatem habere. Eàdem quippe ratione, & neceſſitate, qua jus Ciuile voluit, vt teſtamentum non poſſet nuda voluntate fieri, voluit etiam, vt ſemel legitimè factum non poſſet nuda voluntate reuocari: nec dubium quin parem ad vtrumque poteſtatem habeat. Ergo ſi vnum tam pro externo, quàm interno foro conſtitutum eſt, etiam alterum. Unde econtra, ſtando in ſententia aſſerente, valere in foro conſcientiæ teſtamentum non ſolemne, & nuda voluntate factum; quam etiam *d. ſect.* 2. tradidimus, & probabilem judicauimus, tenendum conſequenter eſt, nudam etiam voluntatem ſufficere ad teſtamentum pro eo foro reuocandum. Et ita in ſpecie docet Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 153. *verſ. In euentib.* vbi incongruentiæ arguit Ant. Gom. dum *ad l* 3. *Tauri*, *numer.* 103. tenet nudam voluntatem ſufficere ad reuocandum teſtamentum pro foro interno, cùm aliàs docuerit, factum minùs ſolemni voluntate, neque pro eo foro vim habere.

SECTIO II.

Quibus modis teſtamentum reuocetur ex teſtatoris voluntate?

SVMMARIVM.

TRes ſunt modi legitimi, quibus teſtator poteſt teſtamentum reuocare. Et quinam illi ſint? num. 5.

5 TRes omnino ſunt modi legitimi, quibus teſtator poteſt reuocare teſtamentum. Primus eſt, ſi facto aliquo ipſas tabulas teſtamenti quoad aliquid ſubſtantiale corrumpat, *l.* 1. *§. Sed conſulto, l. Cancellauerat, ff de His quæ in teſtam. delen. l. pen. Cod. de Teſtament. cum ſim. libus.* Secundus, ſi aliud teſtamentum legitimè condat, *§ Poſteriore quoque, Inſtit. Quib. mod. teſtam infirm.* Tertius denique ſi coram tribus ſaltem teſtibus, vel apud acta judicis declarauerit, ſe nolle vt teſtamentum valeat: opus vero tunc eſt, vt tempus decem annorum effluxerit vſque ad mortem ipſius teſtatoris, *l. Sancimus*, 27. *Cod. de Teſtament.* omnes autem hi modi ſuâ indigent explicatione, quare de illis ſingillatim *in ſeqq. §§.* agendum.

§. 1. *De reuocatione teſtamenti facto teſtatoris tabulas corrumpente.*

SUMMARIUM.

TEſtamentum reuocatur tripliciter facto teſtatoris tabulas teſtamenti corrumpente, nempe, reſciſsione, reſignatione, vel obliteratione tabularum teſtamenti ab ipſo teſtatore, vel de ejus voluntate facta. Et quæ actiones ſub his tribus modis comprehendantur? num. 6.

In dubio, an prædictæ corruptiones teſtamenti fuerint factæ conſultò, & de voluntate teſtatoris, vel potiùs caſu, aut per errorem, ipſo de teſtatore inuito, quid præſumendum? ibid. remiſsiuè.

Si teſtator confectis duobus teſtamentis ejuſdem tenoris, vnum tantùm ruperit, vel in parte ſubſtantiali cancellauerit, non cenſetur voluiſſe alterum reuocare, niſi aliunde id conſtet; num. 7.

Vtrum cenſeatur reuocatum teſtamentũ, quando factum eſt nuncupatiue, & manente originali apud tabellionem, teſtator rupit authenticum ejus tranſumptum, quod apud ſe habebat, numer. 8.

Fac-

6 FActum teſtatoris inducens legitimã reuocationem teſtamenti ob corruptionem tabularum, varium & multiplex eſt: doctrinæ tamen gratiæ ad tres veluti ſpecies reduci poteſt; nimirum ad reſciſſionem, reſignationem, & obliterationem tabularum. Nam ſi teſtator ipſas tabulas, ſeu chartam, vel membranam, in qua ſcriptum eſt teſtamentum, conſulto diſcindat, teſtamentum eneruatur, & vim amittit *l. 1. §. Sed conſulto, ff. de Ijs quæ in teſtam. delentur.* Satiſque eſt, quod rumpat aliquam ejus partem, ſi contineat ſubſtantiam, vel aliquid ſubſtantiale totum teſtamentum concernens; Molina *diſp. 153 verſ Cenſetur prætereа.* Item ſi ipſas tabulas reſignauit, tollendo, vel incidendo linum, ſeu chordulam, qua teſtamentum in ſcriptis erat clauſum, ſeu conſutum, id ſufficit vt teſtamentum non valeat, *l. 1 §. 1. verſ. Si linum, ff. de Bonor. poſſeſ. ſecundum tabulas,* & idem eſt ſi auferat, vel incidat teſtium ſignacula, vel linum, quo erant appenſa, *l pen. Cod. de Teſtament.* Denique ſi aliquid in ipſis tabulis obliterauit, ſeu deleuit, aut cancellauit, pertinens ad ſubſtantiam, vel neceſſariam ſolemnitatem teſtamenti, hoc ipſo totum teſtamentum vitiatur, & nullum redditur, ſi conſtet conſultò id feciſſe. Ita ſumitur ex *d. l. 1. §. Sed conſultò, ff. de Ijs quæ in teſtam. delen. & ex l. Cancellauerat, ff. eod. & alijs jurib.* ſicque docent Ant. Gom. *in l. 9. Tauri, num.* 90. Trentacinq. *lib. 2. Variar. reſol. tit. de Fide inſtrum. reſol* 11. Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, c.* 16. & ibi referens alios Oſuald. *in not. lit.* C. Mantica *de Conject. vltim. vol. tit. 1. num.* 29. Molina, *vbi ſup.* & cæteri communiter. In dubio autem, an conſultò, vel caſu, aut per errorem, vel inſcio ipſo teſtatore dicta obliteratio, vel cancellatio facta fuerit, quid tunc tenendum, vel præſumendum ſit, explicuimus late *diſp. 2. ſect. 4. §. 2. à num.* 49. & ibi etiam plura ad hunc tertium reuocationis modum ſpectantia reperies.

7 Illud [illegible] aduertendum, ſi teſtator, duobus confectis teſtamentis ejuſdem tenoris, ac temporis, & æque principalibus, ſeu originalibus, vnum ruperit, vel in parte ſubſtantiali obliterauerit, aut cancellauerit, non propterea alterum infirmari, aut reuocatum cenſeri, niſi aliunde conſtet, illud etiam reuocare voluiſſe. Sic habetur *in l. vltim. ff. de Ijs quæ in teſtam. delen.* Solum enim præſumitur contempſiſſe vnum, tanquam ſuperfluũ, & illud tantum facto illo infirmaſſe, ne vſui eſſe poſſet.

Si autem confecto teſtamento nuncupatiuo, originale illius ſit apud tabellionem, & authenticum ejus tranſũptum manens apud teſtatorem ab ipſo teſtatore rumpatur, vel cancelletur, Ant. Gom. *in l. 3 Tauri, num* 91. cum Paulo Caſtr. tenet, ſatis id eſſe, vt reuocatum cenſeatur teſtamentum. At contrarium tenent meritò Iul. Clar. *de Teſtam. q* 93. referens in eandum ſententiam Angelum, & Alexandrum Gregor. Lop. *in l. 24. tit. 1. p. 6* & Molina *d diſp. 153. verſ. Dubium verò eſt*: quia cùm principale inſtrumentum maneat integrum, potiùs attendendum eſt ad illud, vt teſtamentum nõ cenſeatur reuocatum, quàm ad tranſumptum, vt reuocatum exiſtimetur. Bene tamen addit Molina, id procedere niſi aliunde ſint probabiles conjecturæ, quòd intentio teſtatoris fuerit teſtamentum penitus reuocare. 8

§. 2. *De reuocatione teſtamenti per aliud poſtea confectum.*

SUMMARIUM.

TEſtamentum, poſteriore alio teſtamento legitimè, ſeu validè fa[illegible] ipſo jure reuocatur, etiamſi [illegible]rius teſtamentum non fuerit [illegible]e, vt ſi fuerit inter liberos, vel jure militari conditum, vel ad [illegible] ſecùs verò ſi poſterius te[illegible]tum nulliter factum ſit; num. 9.

Teſ-

Teſtamentum, quod poſteriore validè facto ſublatum eſt, non conualeſcit, quamuis poſterius teſtamentum poſtea irritetur, vt quia nemo ex illo hæreditatem adiuit; num. 10.

Teſtamentum non irritatur poſteriore factò ſub conditione de præterito, vel præſenti, quæ non ſubſiſtit: ſecùs verò ſi poſterius teſtamentum ſit factum ſub conditione poſsibili de futuro, quanuis conditio deficiat. Et quid, ſi ſit factum ſub conditione de futuro, jure, aut facto, impoſsibili? num. 11.

Si poſterius teſtamentum incidatur à teſtatore, vt antea factum permaneat, tunc teſtamentum antea factum conualeſcit. Et idem dicendum, quoties poſterius teſtamentum facto teſtatoris fuerit reuocatum, ea intentione, vt priùs factum maneat; num. 12.

Quod dictum eſt, prius teſtamentum reuocari poſteriore legitimè facto, intelligitur, niſi teſtator ſit miles, & velit decedere cum pluribus teſtamentis, juxta ſuum priuilegium. Et quid in dubio, an talis teſtator faciendo ſecundum teſtamentum voluerit recedere à primo? num. 13.

Quanuis ſecundum teſtamentum ſit imperfectum, & nullum, tamen ſi inſtitutus in primo ſit extraneus, & in ſecundo ſint inſtituti venientes ab inteſtato cum quinque teſtibus, primum teſtamentum reuocatur, & ſuccedunt inſtituti in ſecundo, quaſi ab inteſtato, licèt inſtituti ſint in portionibus inæqualibus; num. 14.

Primum teſtamentum in quo fuerit inſtitutus extraneus, reuocatur, ſi teſtator coram quinque teſtibus dicat ſe illud reuocare, & velle decedere inteſtatum: ſecùs verò, ſi ſolùm dicat, ſe illud reuocare, non addendo, velle decedere inteſtatum. Et quomodo id ſit intelligendum? num. 15.

Si producantur duo teſtamenta ejuſdem teſtatoris eodem die confecta, & non conſtet aliunde, vtrum fuerit poſteriùs confectum, neutrum valet in foro externo: in foro autem conſcientiæ, debet hæreditas diuidi inter hæredes in vtroque ſcriptos. Et quid ſi alterum ex teſtamētis ſit ad pias cauſas? n. 16.

Poſtea inuenies aliud ſummarium.

9 PRius teſtamentum poſteriore legitimè facto ſtatim reuocari, atque ipſo jure tolli, indubitati juris eſt, *l. Si quis priore, ff. Ad Treb. l. Sancimus, C. de Teſt. §. Poſteriore quoque, Inſt. Quib. mod. teſt. infir. cum cōcord.* Intelligitur autē teſtamentum legitimè factum, quoties habet omnia requiſita vt ſit validum in ratione teſtamenti, etiamſi careat ſolemnitatibus juris, vel ſit minùs ſolemne: ſatis enim eſt, quòd ſit validum ad hoc vt prius teſtamentum, quanuis magis ſolemne, imò quanuis ſolemniſsimum, & perfectiſsimum, per illud tollatur, juxta communem ſententiam, quam refert, & ſequitur Molina *tom. 1. diſp. 153. in princip.* Vnde ſi ſecundum teſtamentum ſit inter liberos, vel jure militari conditũ, vel ad pias cauſas, nihil obſtabit eſſe imperfectum, vel minùs ſolemne, quominus per illud tollatur primum teſtamentum, quanuis perfectiſsimum; cùm tale ſecundum teſtamentum etiam abſque juris ſolemnitatibus valeat. Ita loquendo de teſtamento inter liberos, latè cum multis DD. contra Bened. Ægyd. probauimus *diſp. 2. ſect. 7. §. 5. numer.* 203. *& ſeqq.* & notat etiam Donel. *lib. 6 de Iure Ciuili, cap.* 16. vbi idem tradit de teſtamento militis, per *l. 2. & l. 34. §. vltim. ff. de Teſtament. milit.* Idemque eſſe de teſtamento ad pias cauſas, aduertit Molina *vbi ſupra*, eſtque ſententia indubitata; quam idem Molina, & multi alij ampliant, vt procedat, licèt primum teſtamentum ſolemne fuerit etiam ad pias cauſas, vt videre eſt apud Dianam *tom. 7. tract. 6. reſol.* 26. vbi plures pro hac ampliatione refert, & ſequitur; licèt nonnulli, quos ibidē adducit, cōtrariũ teneāt. Et ita etiā ſētit Mant. *lib. 6. de Cōject. vlt. vol. lib. 6. tit. 3. n. 54.* vbi alios refert. Si verò poſterius teſtamentũ non ſit factũ legitimè, ideſt, cũ omnibus de jure requiſitis, vt validũ ſit, nō reuocatur prius teſta-

metũ *l. 2. & l. Sibinæ*, 11. *ff. de Injuſt. rupt.* §. *Ex eo autem, Inſtit. Quib. mod. teſtament. infirm. l. Si jure*, 18. *ff. de Legat.* 3. *l. Militis*, 36. §. *Veteranus, ff. de Milit. teſtam. l. Hac conſultiſsima*, 21. §. *Siquis autem, Cod. de Teſtam.* Ratio eſt, tum quia, quod nullum eſt, nullum producit effectum: tum etiam, quia vt dicitur *in d. l. Si jure*, tunc demum teſtator à priore teſtamento videtur recedere voluiſſe, ſi poſterius valiturum ſit: ex quo fundamento, neque quoad legata, & fideicommiſſa, quæ aliàs nuda voluntate infirmantur, prius teſtamentum reuocatur, ſi poſterius eſt nullum, vt in eodem textu deciditur.

10 Quando autem poſterius teſtamentũ legitimè factum eſt, ſtatim prius teſtamẽtum tollitur, neque conualeſcit, licèt poſtea ipſum teſtamentum poſterius irritum fiat, *l. Militis codicillis*, §. *vltim.* & ibi Bald. not. *ff. de Milit. teſtament.* ſimili quippe modo quando priores litteræ per poſteriores reuocantur ipſo jure, non reuiuiſcunt, licèt poſteriores poſtea infirmentur, vt poſt alios docent Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Reuertatur, numer.* 307. *Cod. de Reuocan. donat.* & Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 12. *tit.* 1. *in fine.* Unde, licèt ex poſteriore teſtamento nullus exiſtat heres, ſiue quià hæres ſcriptus mortuus eſt, viuente teſtatore, ſiue quia poſt illius mortem noluit, aut non potuit hæreditatem adire, non propterea prius teſtamentum conualeſcit, ſed vtrumque manet nullum, & ſuccedunt venientes ab inteſtato, vt expreſsè habetur *in d.* §. *Poſteriore quoque, Inſtitut. Quib. modis teſtament. infirm.* & idem eſt, quando ex poſteriore teſtamento hæres eſt inſtitutus ſub conditione, eaque defecta eſt, vt *in eodem* §. exprimitur.

11 Circa hoc tamen diſtingue. Nam, vel inſtitutio hæredis facta eſt ſub conditione de præterito, vel præſenti, quę non ſubſiſtit; & tunc tale teſtamentum eſt nullum à principio, & ſic non reuocat prius teſtamentum: vel facta eſt ſub conditione de futuro poſsibili; & tunc reuocat, licèt ipſa conditio deficiat; quia fuit teſtamentum validum; ſic diſtinguitur *in l. Cum in ſecundo*, 16. *ff. de Injuſto rupto.* Intellige autem hanc diſtinctionem, quando conditiones, tam per naturam, quàm de jure ſunt poſsibiles. Nam ſi ſint impoſsibiles, vel ſunt tales, vt habeantur pro non adjectis; & tunc ſiue, ſint de præterito, aut præſenti, ſiue de futuro, & ſiue reipſa ſubſiſtant, ſiue non, non tollunt quominus teſtamentum valeat, & ſic antea factum, reuocet: vel habentur pro adjectis, & tunc procedit ſuperior diſtinctio, perinde acſi eſſent poſsibiles, vt ſumitur ex *d. l. In ſecundo*, ſatiſque ex ipſis terminis liquet. Quando autem hæ conditiones habeantur, vel non habeantur pro adjectis, dictum eſt *diſputat.* 3. *ſect.* 8. §. 2.

Cæterùm, ſi poſterius teſtamentum incidatur, ſeu rumpatur à teſtatore, vt antea factum permaneat, in tali caſu prius teſtamentum conualeſcit, vt habetur *in l. Qui ex liberis*, 11. §. *Teſtamento; verſ. Planè, ff. de Bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* & ibi declarat Barthol. *numer.* 3. Unde colligo, idem vniuerſim dicendum, quoties poſterius teſtamentum facto teſtatoris fuerit reuocatum, priore reſeruato, vt cum eo decedat, quia ſiue reſignatione, ſiue obliteratione, aut cancellatione, ſecundùm teſtamentum reuocatum ſit à teſtatore, eadem prorſus eſt ratio vt primum debeat conualeſcere, atque quando inciſione reuocatum eſt: vnde ſolùm gratiâ exempli cenſendus eſt caſus inciſionis exprimi *in dict. l. Qui ex liberis*, ad hoc vt etiam illi alij modi comprehenderentur, vt reuerà comprehenduntur. 12

Illud etiam circa principalem reſolutionem notandum, eam procedere niſi teſtator ſit miles, & velit decedere cum pluribus teſtamentis, juxta priuilegium ſibi à jure conceſſum, *in l. Quærebatur, ff. de Milit. teſtament.* Nam tunc certum eſt, quòd per ſecundum ejus teſtamentum, non tollitur primum, ſed vtrumque eſt validum. In dubio autem, an ille voluerit vti eo priuilegio, 13

gio, & decedere cum vtroque teſtamento, quæſtio eſt, an præſumendum ſit, quòd per ſecundum voluerit recedere à primo, & ſic quòd primum ſublatum ſit? Gloſſa *in d. l. Quærebatur,* negantem partem amplectitur, dicens, quòd in hoc dubio vtrumque teſtamentum valet. Pro qua ſententia facit text. *in l. Militis codicillis, in princip. juncto §. 1. ff. de Milit. teſtam.* In contrarium tamen ſtat text. *in d. l. Quærebatur,* vt notat Barth. *in d. l. Militis codicillis, §. vltim.* Quare vt repugnantia jura concilientur, diſtinguendum putat idem Barthol. dicendumque, quòd aut miles ſecundum teſtamentum fecit de omnibus bonis, & tunc in prædicto dubio intelligitur, primum teſtamentum reuocare, vt *in d. l. Militis codicillis, §. vltim. & in d. l. Quærebatur;* aut fecit ſecundum teſtamentum de parte tantùm bonorum, & tunc videtur voluiſſe, vt vtrumque teſtamentum ſuum haberet effectum, vt in *d. l. Militis codicillis, in princip. cum §. 1.* Quam diſtinctionem approbat etiam Baldus *in d. l. Quærebatur, numer. 1.* & Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 6. tit. 1. num. 21.* dicens non eſſe ab ea recedendum; licèt Aretin. quem ibidem refert, ſimpliciter aſſerat, quòd etiam ille, qui poteſt decedere cum duobus teſtamentis, faciendo ſecundum videtur tollere primum. Et mihi etiam prædicta diſtinctio magis placet.

14 Notandum præterea, licèt vniuerſim primum teſtamentum non reuocetur per ſecundum, quod non ſit perfectũ, & validum; tamen ſi in primo hæres inſtitutus ſit extraneus, & in ſecundo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, cum quinque tantùm teſtibus, qui de jure communi debebant eſſe ſeptem, per tale ſecundum teſtamentum imperfectũ reuocatur primũ, & ſuccedunt inſtituti in ſecundo teſtamento, non tanquam ex teſtamento, cùm fuerit imperfectum, ſed quaſi teſtator inteſtatus deceſſiſſet, cujus voluntas vltima in tali caſu defenditur: ſic habetur *in l. Hac conſultiſſima, 21. §. Siquis autem, C. de Teſtam.* & docent Ant. Gom. *in l.* 3. *Tauri, numer. 97. aliàs 99.* Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſp. 153. verſ. Excipitur quando,* Gregor. Lop. *in l. 22. tit. 1. part. 6. Gloſ. fin. in princip.* Pichar. plures referens *in dict. §. Poſteriore quoque, numer. 50. & ſequent.* & omnes, notatque Ant. Gom. *d. n. 59.* habere id locum, quamuis hæredes ab inteſtato inſtituti eſſent in portionibus inæqualibus, atq; in iiſdem portionibus eſſe ſucceſſuros & Greg. Lop. ait, impleri debere legata in tali ſecundo teſtamento relicta. Prædicta verò juris communis diſpoſitio ſolum habebit locum in hoc regno Luſitaniæ, quando quis voce tenus in mortis articulo teſtaretur; quia extra hunc caſum, quinque teſtes ſufficiunt de jure hujus Regni, vt teſtamentum ſit perfectum, & validum, vt ſuo loco vidimus: & ita docet Molina *dict. diſput. 150. verſ. Hæc tamen.*

Hinc colliges, reuocari ſimiliter primum teſtamentum, in quo extraneus eſt 15
inſtitutus, quando teſtator coram quinque teſtibus diceret, ſe illud reuocare, & velle decedere inteſtatum, vt bene docent Anton. Gom. *in dict. l. 3 Tauri, numer. 103.* Gregor. Lop. *in l. 8. tit. 1. p. 6.* & Molina *vbi ſup. verſ. Conar. p. 2.* quia eo ipſo, quòd teſtator dicit ſe velle decedere inteſtatum, cenſetur inſtituere venientes ab inteſtato. Quæ virtualis inſtitutio habet vim expreſſæ, & formalis, vt cum Barthol. & alijs tenet Iul. Clar. *§. Teſtamentum, quæſt. 92.* & Couar. *in rubr. de Teſtament. 2. p. numer. vltim. concluſ.* 8. & ita habet locum in præſenti caſu præfata diſpoſitio juris communis *num. præced.* tradita, ſatiſque eſt quòd teſtator voce tenus illam reuocationem, & virtualem inſtitutionem faciat, vt iidem DD. notant, quia de jure communi validum eſt teſtamentum Nuncupatiuum voce tenus factum. Vnde id etiam locum habebit in hoc regno Luſitaniæ, quando teſtator in mortis articulo voce tenus coram quinque teſtibus ſimilem reuocationem, & virtualem inſtitutionem fecerit; cùm de jure etiam hujus Regni teſtamentum Nuncupatiuum voce tenus

fieri poſsit in articulo mortis. Sic Molina *vbi ſup.* Si autem teſtator ſolùm dicat ſe reuocare primum teſtamentum, non addendo, velle ſe decedere inteſtatum, valida non erit illa reuocatio; quia tunc nec virtualis inſtitutio datur hæredum ab inteſtato: & ita cum communi docent Anton. Gom. Molina & alij ſup. citati, conſentitque Iul. Clar. *d. §. Teſtamentum, q.* 92. *verſ. Sed quæro.* Id verò intellige, niſi cum hujuſmodi reuocatione, ſaltem coram tribus teſtibus factâ, concurrat perſeuerantia longi temporis, nempe decennij, quia tũc reuocatum cenſebitur primum teſtamentum, vt eſt text. *in d l. Sancimus, Cod. de Teſtament. & §. ſeq.* explicabitur.

16 Quòd ſi duo ejuſdem teſtatoris producantur teſtamenta eodem die confecta, nec ex illorum tenore, vel aliter appareat, quodnam illorum poſteriori loco fuerit conditum, vt præualere debeat, neutrum illorum valet propter incertitudinem, vt tradit Gloſſa communiter recepta *in l. fin. verb. Miſſus eſt, Cod. de Edicto D. Adrian tol.* & docent relatis alijs Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q. vltim.* Anton. Gom. *in l.* 45. *Tauri, numer.* 148. & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 22. *num.* 3. Credo autem quòd in foro conſcientiæ debet in hoc caſu diuidi hæreditas inter hæredes ſcriptos in vtroque teſtamento; quia cùm certum ſit, vnum ex illis teſtamentis fuiſſe poſteriùs conditum, & eſſe validum, ſolùmque dubitetur, quodnam ſit, & ad quem ex hæredibus in vtroque ſcriptis hæreditas pertineat; in tali dubio debet hæreditas inter eos diuidi juxta communes regulas, prout latiùs à nobis declaratum eſt *diſp.* 3. *ſect.* 6. ubi etiam tradidimus, quid tenendum, quando alter eorum ſuo juri renuntiaſſet in fauorem alterius, vel quando cæpiſſet poſsidere. Illud etiam hic notandum, ſi alterum ex teſtamentis ſit ad pias cauſas, præſumi in dubio poſterius fauore piæ cauſæ, vt multis relatis DD. docet Mantica *lib. 6. de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 3. *numer* 49. *& duobus ſequent ib.* vbi id ampliat, licèt in altero teſtamento ſint inſtituti venientes ab inteſtato, dummodo non ſint filij teſtatoris, & licèt jam ſint in poſſeſsione. Volunt etiam cum alijs Anton. Gom. *vbi ſupra, numer.* 149. & Sanch. *dict. dub.* 22. *numer.* 4. ſatis eſſe quòd in vno ex dictis teſtamentis reperiatur legatum ad piam cauſam, vt tale teſtamentum præferatur, & valeat. Notant prætereà hi DD. quando in altero teſtamento eſſent inſtituti extranei, in altero verò venientes ab inteſtato, hoc ſecundum in prædicto dubio præferri.

SUMMARIUM.

Si teſtator in primo teſtamento appoſuerit clauſulam derogatoriam cujuſcumque poſterioris teſtamenti, ſi fortè illud conficiat, non reuocatur tale primum teſtamentum per vllum aliud poſterius: neque ipſum poſterius valet, niſi teſtator ſufficienter in eo declaret ſe velle, vt valeat, non obſtante dicta clauſula in primo appoſita; numer. 17.

Si in primo teſtamento apponatur clauſula, qua teſtator ſignificet velle ſibi adimere poteſtatem illud reuocandi, talis clauſula eſt nullius momenti, nec tollit quominus tale teſtamentum quolibet poſteriore reuocetur; num. 18.

Clauſula derogatoria poſterioris teſtamenti apponi poteſt, vel per verba generalia, vel per ſpecialia, & quomodo hoc, aut illo modo ſe habeat? numer. 19.

Quibus modis conſiderari poſsit, quòd teſtator prædictam clauſulam derogatoriam reuocare intendit in poſteriore teſtamento? ibid.

Reuocatio generalis reperta in poſteriore teſtamento, vt quando teſtator diceret, Reuoco quodcumq; aliud teſtamentũ à me factũ, *non ſufficit, vt intelligatur tolli prius teſtamentũ, in quo eſt appoſita prædicta clauſula derogatoria, et iã-*

ſi

ſi hæc tantùm eſſet poſita verbis generalibus, & ſimplicibus, ſed requiritur reuocatio ſpecialis; num. 20. Limitat hoc Barth. vt procedat, quando teſtator vnum tantùm teſtamentum antea confecerat; num. 21. Rejicitur tamen hæc limitatio; num. 22. & ſeq.

Vt teſtamentum, in quo eſt appoſita clauſula derogatoria per verba ſpecialia, & certis limitibus circunſcripta, reuocatum cenſeatur per poſterius teſtamentum, non eſt neceſſarium vt tatis clauſula in eo reuocetur indiuidualiter, ſed ſufficit reuocatio ſpecialis, quæ tamen æquipolleat indiuiduali, & illam inuoluat; & quomodo id ſit intelligendū? num. 24. & ſeq.

Etiamſi in poſteriore teſtamento non reperiatur expreſſa reuocatio clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento poſitæ, tamen ſi ex conjecturis, vel ex verbis teſtamenti ſufficienter appareat, teſtatorem voluiſſe recedere à priore teſtamento, cenſendum eſt reuocatum, non obſtante qualibet clauſula derogatoria in eo appoſita; num. 26.

Si in poſteriore teſtamento ſit appoſitum juramentum, quo teſtator juret, ſe valle vt illud teſtamentum valeat, id ſatis eſt, vt primum teſtamentum tollatur, non obſtante quauis clauſula derogatoria in eo appoſita; num. 27.

Vtrum ad tollendum prius teſtamentum habens clauſulam derogatoriam, ſatis ſit quòd teſtator in poſteriore dicat, ſe velle, vt illud poſterius teſtamentum valeat omni meliori modo? num. 28.

Si ſecundum teſtamentum factum ſit poſt decem annos à tempore, quo primum eſt conditum cum clauſula derogatoria, tollitur primum, etiamſi in ſecundo non ſit facta ſpecialis reuocatio illius. Quod intelligitur niſi ſecundum teſtamentum factum fuiſſet ad ſuaſionem alicujus; num. 29.

Si poſt factum primum teſtamentum cum clauſula derogatoria, ortæ fuerint inimicitiæ inter teſtatorem, & hæredem ſcriptum, aliauè ſimilis cauſa interueniat, ex qua præſumatur teſtatorem à prima voluntate receſſiſſe, tale teſtamentum cenſebitur reuocatum per ſecundū, licèt in hoc ſpecialis reuocatio illius clauſulæ non exprimatur; n. 30.

Si in primo teſtamento habente clauſulam derogatoriam inſtituti ſint extranei, & liberi excluſi, tale teſtamentum tollitur per ſecundum, in quo liberi fuerint inſtituti, quamuis illa clauſula in eo ſpecialiter non reuocetur; numer. 31.

Primum teſtamentum habens clauſulam derogatoriam tollitur per ſecundum conditum ad pias cauſas, etiamſi nulla in eo ſiat mentio illius clauſulæ. Et quid, quando in ſecundo inſtituta eſſet perſona valde teſtatori dilecta? numer. 32.

Clauſula derogatoria poſita in priore teſtamento poteſt reuocari in codicillis, idque ſufficit vt, ea non obſtante, poſterius teſtamentum valeat; num. 33.

Teſtamentum inter liberos cenſetur ex priuilegio habere tacitam clauſulam derogatoriam cujuſcumque alterius poſterioris teſtamenti, in quo teſtator illud ſpecialiter non reuocauerit, niſi poſterius ſit etiam inter liberos. Et quomodo id intelligatur? num. 35.

Vt teſtamentum inter liberos reuocetur per poſterius conditum inter extraneos, quàm ſpecialis reuocatio requiratur? Et quid, ſi in ipſo primo teſtamento inter liberos appoſita ſit expreſsè clauſula derogatoria? num. 36.

Teſtamentum factum cum juramento non renocandi illud; non intelligitur reuocatum per aliud poſterius, niſi teſtator ſufficienter declaret, ſe velle ab illo recedere, non obſtante juramento. Secus dicendum, ſi teſtator ſolùm aſſertinè in primo teſtamento juraret, ſe velle vt illud valeret; num. 37.

Teſtamentum ad pias cauſas eandem videtur habere prærogatiuam, vt non cenſeatur reuocatū per poſterius, niſi ſpecialiter reuocetur; n. 38. Hoc verò nō procedit, quando poſterius teſtamentū fuerit etiam ad pias cauſas; ibid.

Verba, quibus teſtator reuocauerit clauſulam derogatoriam poſitam in priore teſta-

teſtamento, poſſunt probari per teſtes, ſi in teſtamento poſterior e ſcripta non fuerint, num. 39.

Si clauſula derogatoria poſita in priore teſtamento non fuerit reuocata in poſteriore, ipſum autem poſterius teſtamentum habuerit clauſulam Codicillarem, valet vt codicillus, & legata in eo relicta præſtari debent ab hærede ſcripto in priore teſtamento, num. 40. *Imò & ipſa hæreditas videtur reſtituenda hæredi ſcripto in ſecūdo, detractâ tantùm Trebellianicâ*; *ibid. Sed hoc Authori non probatur*, num. 41.

17 DEnique pro præſenti materia principaliter notandum eſt, ſi teſtator in primo teſtamento appoſuerit clauſulam derogatoriam cujuſcumque poſterioris teſtamenti, ſi forſan ab eo cōficiatur, non reuocari tale primum teſtamentum per vllum aliud poſterius, neque ipſum poſterius teſtamentum valere, niſi teſtator ſufficienter in eo declaret, ſe reuocare primum, non obſtante clauſula derogatoria in eo appoſita. Ita DD. communiter per text. *in l. Si mihi & tibi*, 12. *§. vltim, ff. de Legat.* 1. *& l. Siquis in principio teſtamenti*, 22. *in princip. ff. de Legat.* 3: *& alia jura*; idque optima ratione, quia ſæpe meritò timent teſtatores, ne poſtea importunis ſuaſionibus propinquorum inuiti compellantur facere aliud teſtamentum; & ideo vt ſibi conſulant, & primum teſtamentum vigeat, non obſtante quouis alio poſteriore, prudenter in ipſo primo teſtamento dictam clauſulam apponunt, per quam antecedenter declarant ſe nolle, vt poſteriora teſtamenta valeant, niſi ſufficienter manifeſtent ſe recedere à prima voluntate, in qua dicta clauſula eſt appoſita. Neque id pugnat cum natura, & libertate teſtamenti, ſed potiùs eam fouet, ſiquidem per talem clauſulam non ſibi adimit teſtator, facultatem recedendi à primo teſtamento, & faciendi aliud validum, cùm ſemper ei maneat integrum facere ſecundum teſtamentum cum derogatione illius clauſulæ, *d. l. Siquis in princip. teſtam.* & aliunde per appoſitionem talis clauſulæ occurrit periculo coactionis, quæ libertatem teſtandi, & decedendi cum primo teſtamento impedire poſſet.

Cujuſmodi autem ſit, aut eſſe debeat clauſula primi teſtamenti, ad hoc vt ſequentibus teſtamentis deroget, & quando in poſteriore teſtamento reuocari cenſeatur? Non modica explicatione indiget. In primis ergo ſciendum, dupliciter intelligi poſſe, quòd teſtator per clauſulam expreſſam vult derogare poſterioribus teſtamentis. Vno modo ſi apponat talia verba, quibus ſignificet, velle ſibi adimere poteſtatem condendi poſtea validum teſtamentum, vt ſi dicat; *Nolo me poſſe condere aliud teſtamentum*, vel, *Abdico à me facultatem reuocandi hoc teſtamentum*, aut quid ſimile. Et hæc clauſula eſt prorſus inutilis, nec indiget reuocatione, vt poſterius teſtamentum valeat, primumque per illud reuocetur. Ita cum communi DD. Couar. *in Rubr. de Teſtam. p.* 2. *num.* 19. *concl.* 2. Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q.* 99. Molina Iuriſta *lib.* 4. *de Primogen. cap.* 3. *num.* 33. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 166. *num.* 4. & Molina Theolog. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 153. *verſ. Vt ad reuocationem teſtamenti*; Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 23. *num.* 3. Ratio eſt, quia talis clauſula eſt de jure impoſſibilis; ſiquidem vt habetur *in d. l. Si in principio teſtamenti*, 22. *in fine princip. ff. de Legat.* 3. nemo ſibi legem poteſt dicere, vt à priori voluntate ei recedere non liceat; & ſic habetur pro non appoſita. Alio modo, ſi tantùm ſignificet, velle ſe vt validum non ſit, quodcumque aliud teſtamentum poſtea condiderit; ita vt ſit tantùm proteſtatio quædam voluntatis, quam habet circa poſteriora teſtamenta. Et talis clauſula eſt valida, & legitima vt ex dictis *numer.* 17. conſtat; ac de illa tantùm intelligenda ſunt, quæ inferiùs dicemus.

19 Sciendum vlteriùs, dictam clauſulam apponi poſſe, vel per verba generalia, & ſimplicia, vt cùm teſtator diceret, *Nolo valere vllum aliud teſtamentum, ſi à me poſ-*

poſtea conficiatur, aliquidue ſimile: vel per ſpecialia, & certis limitibus circunſcripta, vt ſi diceret; *Nolo valere aliud quodpiam meum teſtamentum, niſi in ejus principio, aut fine, ſcripta ſit ſalutatio Angelica*, vel quid ſimile. Sciendum denique tripliciter conſiderari poſſe prædictas clauſulas in poſteriore teſtamento reuocari. Primò generaliter, vt ſi dicatur; *Reuoco quodcumque aliud teſtamentum à me factum*: vel, *Volo, vt hoc meum teſtamentum valeat, non obſtante quacumque alio à me antea facto*. Secundò ſpecialiter, vt dicendo, *Volo hoc teſtamentum valere*, vel, *Reuoco quodcumque aliud præcedens teſtamentum, etiamſi habeat clauſulam derogatoriam ſequentium*. Tertiò in indiuiduo, vt cùm diceretur; *Reuoco quoduis aliud meum teſtamentum, etiamſi in eo dictum ſit, quòd nunquam cenſeatur reuocatum per aliud, in quo non ſit deſcripta ſalutatio Angelica, vel in quo non ſit tale, aut tale ſignum.*

20 His poſitis, prima concluſio in hac re ſit. Reuocatio generalis reperta in poſteriore teſtamento, ſufficiens non eſt, vt per eam intelligatur tolli prius teſtamentum, in quo appoſita eſt dicta clauſula derogatoria, etiam quando hæc appoſita eſſet per verba generalia, & ſimplicia; ſed requiritur reuocatio ſpecialis. Sic Couar. *in rubr. de Teſtam. 2. p. num. 19. concluſ. 1.* Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q. 99.* Gregor. Lop. *in l. 22. tit. 1. part. 6.* Molina *d. diſp. 153. verſ. Porro hæc clauſula*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 12. tit. 8. num. 7.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 166. numer. 10. & 12.* Sanch. *d. dub. 23. num. 5.* & plures alij, quos referunt. Probatur per *d. l. Siquis in princip. teſtamenti, ff. de Leg. 3.* in illis verbis, *Si ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe*, vt ibi declarat, & tenet Barth. *num. 8.* Accedit præterea ratio, quia reuocatio generalis prioris teſtamenti tacitè continetur in quolibet teſtamento poſteriore: vnde ſi illa ſufficeret, fruſtranea redderetur dicta clauſula derogatoria, ſaltem verbis generalibus in priore teſtamento appoſita, & valeret ſequens teſtamentum contra expreſſam voluntatem teſtatoris; quod eſt abſurdum.

Limitat autem hanc concluſionem Barth. *in d. l. Siquis in principio teſtamenti, num. 9.* vt tunc generalis reuocatio non ſufficiat, quando plura teſtamenta ſunt facta: ſecus autem quando vnum tantùm factum eſt teſtamentum, & clauſula derogatoria in eo continetur. Quia genus, quod ad vnam tantùm ſpeciem, vel indiuiduum referri poteſt, neceſſariò eſt intelligendum, *l. 2. ff. de Liber. & poſth.* quam ſententiam nonnulli alij ſequuntur apud Manticam *vbi ſup. numer. 8.* & pro ea plura jura concordantia affert Tiraq. *tract. de Legib. connubial. Gloſ. 5. num. 127.* qui in eam videtur inclinare *numer. 130. in fine.* 21

Meritò tamen hanc limitationem plerique rejiciunt, quos longo ordine refert eos ſequens Mantica *loc. citat.* & Menoch. *vbi ſup. num. 25.* Primò, quia clauſula derogatoria intelligitur poſita in primo teſtamento ad eludendam ſuggeſtionem, & importunitatem alicujus, vel aliquorum, qua teſtator timebat ſe cogendũ eſſe aliud teſtamentum condere. Quæ ratio æquè militat, & perſuadet, cum noluiſſe vt poſterius teſtamentum valeret, ſiue vnum, ſiue plura teſtamenta antea condidiſſet. Secundò, quia alioqui nunquam eſſet neceſſarium ſpecialem mentionem facere clauſulæ derogatoriæ poſitæ in priori teſtamento facto à pagano. Nam, cùm de pagano loquimur, nunquam præcedit niſi vnum teſtamentum validum; cùm prius ſemper ipſo jure tollatur per poſterius, vt ſupra vidimus. Tertiò denique quia quando in principio teſtamenti facta eſt aliqua diſpoſitio cum clauſula derogatoria contrariæ diſpoſitionis factæ in eodem teſtamento, non reuocatur prior diſpoſitio per ſequentem contrariam niſi illa clauſula ſpecialiter reuocetur, vt expreſsè habetur *in d. l. Siquis in principio teſtamenti*: ergo ſimiliter (imò à fortiori) licèt vnum tantùm præcedat teſtamentum, ſi habeat clauſulam derogatoriam, non cenſebitur 22

reuocata per poſterius teſtamentum, niſi reuocatio in eo facta ſit ſpecialis. Et ita ſentit etiam Sanch. *vbi ſup.*

23 Nec fundamentum contrariæ ſententiæ vrget. Reſpondetur enim, tunc genus intelligi de ſpecie, vel indiuiduo, ad quod tantùm referri poteſt, quando non ſtat præſumptio in contrarium, vt in præſenti; nam teſtator apponens clauſulam derogatoriam in priore teſtamento, id facere intelligitur, ne per reuocationem generalem, quæ in quolibet poſteriore teſtamento virtualiter continetur, & ab ipſis tabellionibus apponi conſueuit, reuocatum cenſeretur; idque ad eludendam importunitatem propinquorum, vel aliorum, ſi fortè precibus, & ſuaſionibus eum adegerint aliud teſtamentum condere: quod certè non aſſequeretur, ſi dicta reuocatio generalis ſufficeret; cùm ea ordinariè apponatur, & illi importuni ſuaſores eam non omitti curarent, aut etiam cogerent.

24 Secunda concluſio. Ut teſtamentum in quo eſt appoſita clauſula derogatoria per verba ſpecialia, & certis limitibus circunſcripta, reuocatum cenſeatur per poſterius teſtamentum, non eſt neceſſarium vt talis clauſula in eo reuocetur in indiuiduo, ſed ſufficit reuocatio ſpecialis, quæ tamen æquipolleat indiuiduali, & illam inuoluat. Quod non ſit neceſſaria reuocatio in indiuiduo, docent Barthol. *in d. l. Siquis in principio teſtamenti, num.* 8. *ff. de Legat.* 3. Salic. *in l. Sancimus, numer.* 6. *Cod. de Teſtam.* Paul. Caſtr. *conſil.* 106. *num.* 1. *vol.* 1. *& in Auth. Hoc inter liberos, num.* 5. *Cod. de Teſtament.* Couar. *in rubr. de Teſtam.* 2. *p. num.* 19. *concl.* 3. Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q.* 99. Anton. Gom. *ad l.* 3. *Tauri, numer.* 94. Molina *d. diſp.* 153. Mantica plures alios referens *lib.* 12. *de Conject. vltim. vol. tit.* 8. *num.* 7. Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 23. *n.* 7. Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 166. *num.* 13. & cæteri communiter. Ratio eſt, tum quia reuocatio ſpecialis æquiualere poteſt cuilibet indiuiduali, ad hoc vt ex ea ſufficienter deprehendatur, voluiſſe teſtatorem reuocare prius teſtamentum, non obſtante quacumque clauſula derogatoria, etiam ſtrictiſsimis verbis in eo appoſitâ, vt ſtatim videbimus; tum etiam quia contingere poteſt, vt teſtator non recordetur in indiuiduo clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento appoſitæ; vnde ſi ad ejus reuocationem neceſſarium eſſet illam indiuidualiter reuocare, ſibi pro tali caſu adimeret poteſtatem reuocandi prius teſtamentum, quod admitti non poteſt; cùm nemo ſibi poſsit legem imponere, à qua recedere nequeat, *d. l. Siquis in princip. teſtamenti, ff. de Leg.* 3.

Quòd autem ſufficiat reuocatio ſpecialis æquipollens indiuiduali; tenent etiam communiter DD. vt apud citatos videre licet: & patet, quia æquipollens indiuiduali habet totam illius vim; ac proinde quemadmodum indiuidualis proculdubio ſufficeret, ita etiam illa ſpecialis. Quando autem reuocatio ſpecialis æquipolleat indiuiduali? certâ regulâ definiri non poteſt, cùm ad hoc diſcernendum oporteat inſpici verba, & terminos particulares clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento poſitæ, quæ magnam varietatem ſubire poteſt, & interdum eſſe magis, interdum minùs ſtricta & rigoroſa. Communiter autem ſentire videntur DD. ſatis eſſe, quòd teſtator in poſteriore teſtamento dicat, velle ſe vt illud teſtamentum valeat, non obſtante quocumque alio priore teſtamento, cum quibuſuis clauſulis derogatorijs à ſe factis: cùm ſub his terminis ſatis apertè declaret, ſe comprehendere, & reuocare velle quamcumque clauſulam derogatoriam poſitam in priore teſtamento, perinde ac ſi eam indiuidualiter exprimeret. Nihilominus tamen Couar. *vbi ſup. concl.* 4. *verſ. Quartò conſtat*, cum Paulo Caſtr. & Anton. Rub. docet, ſi teſtator in primo teſtamento diceret, velle ſe vt illud teſtamentum non cenſeatur reuocatum per ſecundum, etiam ſi in ipſo ſecundo ei ſpecialiter derogetur, niſi vltra hanc reuocationem in eo ſit deſcripta ſalutatio Angelica, vel quid ſimile: non ſatis tunc eſſe ad illius reuocationem dicere in ſecundo

cundo teſtamento, *non obſtante quocumque alio teſtamento per me facto, quacumque verba derogatoria habente*: niſi vlterius addatur: *quacumque verborum forma concepta*. Idem tenet Mantica *d. tit.* 8. *num.* 10. & approbare videtur Molina *d. diſp.* 153. *verſ. Alio modo*. Atque ad hunc modum tales poſſunt excogitari, & adhiberi clauſulæ derogatoriæ ſequentium teſtamentorum, vt ad earum reuocationem non ſatis ſit dicere: *Non obſtantibus quibuſcumque clauſulis in quouis alio priore teſtamento appoſitis*: ſed aliquid aliud addere oporteat; ad hoc vt reuocatio æquipolleat indiuiduali, & ſit efficax ad tollendum prius teſtamentum. Quare ad tollendas ambiguitates, monet bene Molina *vbi ſup.* tutum eſſe in ſimilibus euentibus addere verba illa in clauſulis derogatoriarum derogatorijs apponi conſueta; *Etiamſi de verbis illis ſpecifica mentio eſſet facienda*, vel, *Etiamſi hic forent tranſcribenda*. Reuocatio enim ſic facta omnem prorſus clauſulam derogatoriam comprehendit, quibuſcumque verbis, etiam exquiſitiſsimis, fuerit appoſita.

26 Tertia concluſio. Etiamſi in poſteriore teſtamento non reperiatur expreſſa reuocatio clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento poſitæ, tamen ſi alia ratione, vt ex conjecturis, aut ex verbis teſtamenti poſterioris, ſufficienter appareat, teſtatorem voluiſſe recedere à priore teſtamento; cenſendum eſt reuocatum, non obſtante qualibet clauſula derogatoria in eo appoſita. Ita communis DD. quam referunt, & ſequuntur Couar. *in Rubr. de Teſtam. p.* 2. *num.* 19. *concl.* 4. Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q.* 99. Gregor. Lop. *in l.* 22. *tit.* 1. *p.* 6. Mantica plures alios referens *lib.* 12. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 8. *num.* 12. *&* 13. Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 23. *num.* 8. Menoch. plures etiam referens *d. præſumpt.* 166. *numer.* 34. & Molina *d. diſp.* 153. *verſ. Illud verò eſt obſeruandum*: eſtque ſententia apud omnes indubitata, vt ex Corn. & alijs tradit Mantica *d. num.* 12. Et ratio eſt, quia tota hæc materia ſpectat ad quæſtionem voluntatis, an ſcilicet teſtator voluerit per poſterius teſtamentum recedere à priore, illudque reuocare? Ergo quacumque ratione appareat, eum id voluiſſe, tali voluntati ſtandum eſt, & prius teſtamentum cenſendum eſt reuocatum per poſterius, quanuis nulla expreſſa reuocatio in eo reperiatur.

Hinc deducitur primò, ſi in poſteriore teſtamento appoſitum ſit juramentũ, quo teſtator juret, ſe velle vt illud teſtamentum valeat, vel ſit ſuum vltimum teſtamentum, ſatis id eſſe, vt primum teſtamentum tollatur, non obſtante qualibet clauſula derogatoria in eo appoſita. Sic Natta *in Auth. Hoc inter liberos, num.* 41. *& ſeq. Cod. de Teſtament.* Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q.* 99. *verſ. Item ſcias*, Couar. *vbi ſup. verſ. Prima eſt conjectura*, Molina *d. diſp.* 153. *verſ. Hinc primò* Mantica plurimos referens *d. tit.* 8. *num.* 20. Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumpt.* 166. *num.* 35. Sanch. *d. dub.* 23. *num.* 10. Eſtque communis ſententia, vt citati DD. affirmant, licèt nonnulli apud Manticam refragentur, exiſtimantes oportere, vt præter dictum juramentum addat teſtator, ſe velle vt tale teſtamentum cæteris antea factis præualeat. At ſolum prædictum juramentum ſufficere, vt communis ſententia affirmat, mihi videtur omnino verum; quia non eſt præſumendum teſtatorem pejeraſſe; cùm nemo præſumatur malus, niſi probetur. 27

Aliqui hanc ſententiam ex eo probant, quia juramentum habet vim, vt actus valeat omni meliori modo, quo poteſt, *l. Cum pater §. Filius matrem, ff. de Leg.* 2. Quando autem teſtator in poſteriore teſtamento dixiſſet ſe velle vt valeat omni meliori modo, affirmat Mantica *vbi ſup. num.* 19. receptius videri, vt talis clauſula fungatur vice ſpecialis reuocationis aduerſus præcedens teſtamentum, in quo eſt clauſula derogatoria ſequentium; & pro hac opinione non paucos DD. refert, eamque dicit communem, nec videri ab ea recedendum. Cæterùm nonnulli ab ea recedunt, quos idem Mantica refert. Et quidem mihi longè verius videtur 28

detur eam clauſulam non ſufficere, præſertim hiſce temporibus; quia eſt hodie valde vſitata, & ab ipſis etiam notarijs apponi conſueuit: vnde quantumuis teſtator non intendat reuocare primum teſtamentum, in quo eſt clauſula derogatoria, ſuaſores, qui eum compulerint ad condendum ſecundum teſtamentum, facilè obtinebunt, vt in eo apponatur dicta clauſula, quod vult vt valeat omni meliori modo; & ſic facilè judicium, & voluntas teſtatoris ſubuerti poterit, quod non eſt admittendum.

29 Secundò deducitur, ſi ſecundum teſtamentum factum ſit poſt decem annos, à tempore, quo primum teſtamentum cum clauſula derogatoria conditum eſt, tolli primum teſtamentum, etiamſi in ſecundo non ſit facta ſpecialis reuocatio illius. Ita Baldus communiter receptus *in l. Sancimus, num. 6. in fine, Cod. de Teſtament.* pro qua ſententia plurimos refert, eam ſequens, & dicens communem, Mantica *lib. 12. de Conjectur. vltim. vol. tit. 8. num. 16.* & Menoch. *d. præſumpt. 166. num. 44.* Et ratio eſt, quia ex curſu tam longi temporis præſumitur teſtator obliuiſci clauſulæ derogatoriæ poſitæ in primo teſtamento, juxta *l. Peregrè, in princip. ff. de Acquir. poſſeſſ. cum concordant.* Vnde ſi in tali caſu primum teſtamentum non tollatur, niſi dicta ejus clauſula ſpecialiter à teſtatore reuocetur in ſecundo, inducitur quædam impoſſibilitas reuocandi illud, & cenſebitur teſtator ſibi impoſuiſſe legem, à qua recedere non poſſet, quod jus non permittit, *d. l. Si quis in principio teſtamenti, in princip. ff. de Legat. 3.* Ego verò hanc reſolutionem limitarem, vt ſolùm procedat, quando teſtator abſque alterius inductione ſecundum teſtamentum condidit. Nam ſi illud fecit ad ſuaſionem, vel preces alterius, cujus aliquo modo intereſſet, crederem præſumendum potiùs, eum omiſiſſe reuocare ſpecialiter dictam clauſulam derogatoriam ad euitandam importunitem precum, ſuaſoreſque deludendos, quam ex illius obliuione. Quare ſi conſtet, quòd ex ſuaſione alicujus ſecundum teſtamentum condidit, non ſatis erit ille curſus decennij, vt primum intelligatur reuocatum, niſi ſpecialis ejus reuocatio in ſecundo reperiatur.

Tertiò deducitur, ſi poſt factum primum teſtamentum cum clauſula derogatoria, ſuperuenerit aliqua cauſa, ex qua veroſimiliter præſumatur, teſtatorem pænituiſſe prioris voluntatis, ſatis id eſſe, vt tale teſtamentum cenſeatur reuocatum per ſecundum, licèt ſpecialis reuocatio illius clauſulæ in ſecundo non exprimatur; vt ſi inter teſtatorem, & hæredem ſcriptum ortæ fuerint inimicitiæ, vel teſtator ab eo fuerit læſus, ſimiliſue ratio intercesſerit. Ita colligitur ex *l. 3. §. Non ſolum, & l. Ex parte, ff. de Ademend. leg. & ex l. Si cum Cornelius, ff. de Solution. & l. Vtilitatem, ff. de Confirm. tut.* & tenent Bald. Fulgoſius Paul. Caſtrenſ. Iaſ. Couar. & alij, quos citat, & ſequitur Mantica *d. tit. 8. num. 17.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 166. numer. 37.* & Molina *d. diſp. 153. prope finem.* Ratio eſt aperta, quia illa noua cauſa mutandi primum teſtamentum, ſufficientem inducit præſumptionem, quòd teſtator illud voluit reuocare per ſecundum, non obſtante clauſula derogatoria in primo appoſita. 30

Quartò deducitur, ſi in primo teſtamento habente clauſulam derogatoriam inſtituti ſint hæredes extranei, & liberi excluſi, tale teſtamentum tolli per ſecundum, in quo liberi fuerint inſtituti, licèt clauſula derogatoria in eo ſpecialiter, non reuocetur. Ita cum Couar. Gregor. Lop. & communi DD. Molina *d. diſp. 153. verſ. Ex eadem doctrina*, quod etiam tenet, & latiùs probat Mantica *d. tit. 8. numer. 27.* & Menoch. *d. præſumpt. 166. num. 39.* Pietas enim, & naturalis erga liberos amor efficacem inducit conjecturam, quòd pater voluerit à primo teſtamento recedere, etiamſi in ſecundo non reuocauerit ſpecialiter clauſulam derogatoriam. Ampliat hanc reſolutionem cum Baldo, & multis alijs Mantica *ubi ſup. numer. 28. & ſeq.* vt procedat, etiamſi in primo teſtamento inſtituta eſſet cauſa pia. 31

pia. Quia pietas erga filios, cùm ſit maximè naturalis, & ipſi diuinæ legi valde conformis, efficacior eſſe ſolet, quàm pietas erga Eccleſiam, vel pauperes. Vnde celebre eſt illud S. Auguſtini, quod refertur *in cap. Quicumque, 17. q. 4. Quicumque voluerit filijs exhæredatis, facere hæredem, etiam Eccleſiam, alterum quærat, qui ſuſcipiat, non Auguſtinum; imò Deo propitio, neminem inueniet.* Prædicta verò intellige, niſi ſint conjecturæ, quòd teſtator reuerà noluit à priori teſtamento recedere, vt ſi condidit ſecundum teſtamentum ad ſedandos filios, eorumque importunitates, & querimonias vitandas. Quod judicis arbitrio dijudicandum eſt, vt rectè aduertit Molina citatus.

32 Quintò deducitur primum teſtamentum habens clauſulam derogatoriam tolli per ſecundum conditum ad pias cauſas, etiamſi nulla in eo fiat mentio clauſulæ derogatoriæ. Ita relatis alijs Couar. *in rubr. de Teſtament. 2. p. numer. 19. verſ. Septimò.* Mantica *lib. 12. de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 8. *num.* 30. & Menonoch. *ſup. num.* 40. Si enim hoc admittitur in teſtamento inter liberos, vt *num. præced.* dictum eſt; par fauoris ratio perſuadet, vt idem ſit in teſtamento ad pias cauſas; ſumma namque eſt ratio, quæ fauet religioni, & ſaluti animarum, *l. Sunt perſonæ, in fine, ff. de Religioſ. & ſumpt. funer. l. Sancimus, in fine, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Atque in dubio pro pia cauſa judicandum eſt, *cap. vltim de Re judic.* Idem volunt non pauci, quos citat & ſequitur Menoch. *loco citat. num.* 42. locum habere quando in ſecundo teſtamento inſtituta eſt perſona valde dilecta teſtatori. Hoc tamen valde dubium eſt, vt videri poteſt apud Mantic. *d. tit.* 8. *numer.* 6. & illa teſtatoris dilectio ſolùm videtur poſſe inſeruire, vt judex diſpiciat, & arbitretur, an ſufficientem præbeat cõjecturam, quòd teſtator à primo teſtamento recedere voluerit, non obſtante clauſula derogatoria in eo appoſita. Ita ſentit Couar. *vbi ſup. verſ. Octauò,* & Molina *d. diſp.* 153. *fine.*

33 Sextò deducitur, ſi clauſula derogatoria poſita in primo teſtamento ſpecialiter reuocetur in codicillis, ſatis id eſſe vt poſterius teſtamentum valeat, licèt nulla in eo fiat commemoratio prioris teſtamenti, clauſulæuè derogatoriæ in eo adhibitæ. Ita cum Salicet. Alex. Iaſ. Natta, & multis alijs Mantica *d. tit.* 8. *num.* 25. Quia ſatis per hoc conſtat teſtatorem voluiſſe à primo teſtamento recedere. Neque inde ſequitur dari, vel adimi hæreditatem in codicillis; quia reuerà tunc non adimitur, nec datur, niſi per poſterius teſtamentum; & codicilli tantummodo oſtendunt, teſtatorem voluiſſe illud ſibi eſſe vltimum; quod ad ejus valorem, & derogationem clauſulæ derogatoriæ ſatis eſt; cùm ad hanc tollendam ſola voluntas teſtatoris, etiam conjecturata, & præſumpta ſufficiat, vt ex dictis conſtat.

Multos alios caſus ex diuerſis Authoribus congerit Mantica *d. tit.* 8. & Menoch. *d. præſumpt.* 166. in quibus ex præſumpta voluntate teſtatoris primum teſtamentum habens clauſulam derogatoriam tollitur per ſecundum, in quo illa clauſula ſpecialiter non reuocatur. Eos verò omittendos cenſui, quia ſunt valde ſingulares, qui vix, aut nunquam eueniunt, pendentque à particularibus circunſtantijs, quæ ſub doctrina non cadunt. 34

Quarta concluſio. Aliqua ſunt teſtamenta, quæ licèt non habeant expreſsè clauſulam derogatoriam ſequentium teſtamentorum, tacitè tamen illam continent, & conſequenter non cenſentur reuocata per poſterius teſtamentum ſimpliciter factum. Tale in primis eſt teſtamentum inter liberos, cui præter alia priuilegia, illud etiam conceſſum eſt, vt non cenſeatur reuocatum per poſterius teſtamentum, in quo teſtator illud ſpecialiter non reuocauerit. Sic habetur *in Auth. Hoc inter liberos, Cod. de Teſtament. & in Auth. de Teſtament. imperf. §. Etſi quidem, collat.* 8. Id verò intellige, niſi poſterius teſtamentum ſit etiam inter liberos: nam tunc prius teſtamentum reuocatum cenſebitur, licèt in poſteriore ſpecialiter non reuocetur, vt notat Gloſ. commoniter recepta *in d. §. Etſi quidem, verb.* 35

verb. Perfecta, & tradit relatis alijs Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 153. verſ. Meritò autem.* Et ratio eſt, quia cùm vtrumque teſtamentum ſit æqualis fauoris, ceſſat inter illa prędictum priuilegium, & conſequenter in eis habet locum generalis regula, quòd prius teſtamentum poſteriore reuocatur. Eſtque hoc verum, etiamſi primum teſtamentum eſſet ſolemniſsimum, & ſecundum minùs ſolemne, dummodo ſit validũ vt notat idem Molina, & latè à nobis traditum & probatum eſt *diſp. 2. ſect. 7. §. 5. numer. 203. & ſeqq.* contra Bened. Ægyd. ibidem relatum. Vult autem Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q. 98.* id procedere quando ſecundum teſtamentum eſſet filijs magis fauorabile, non verò ſi minùs. Alij verò, vt Gregor. Lop. *in l. 8. tit. 1. part. 6* & multi alij, quos citat & ſequitur Menoch. *lib. 4. præſumpt. 166. ſub num. 62.* vniuerſim tenent, quòd vt primum teſtamentum tollatur per ſecundum, etiam æquè, aut magis ſolemne, opus eſt vt ſecundum ſit magis fauorabile filijs. Quæ vtraque ſententia mihi non diſplicet, licèt eam improbet Molina citatus.

36 Illud prætereà notandum, vt teſtamentum inter liberos cenſeatur reuocatũ per poſterius teſtamentum inter extraneos, non ſatis eſſe, quòd in ſecundo generaliter dicatur à teſtatore; *Volo vt valeat, non obſtante quouis alio teſtamento à me condito*; ſed oportere vt uel ſpecialis fiat mẽtio de eo quod fuit conditum inter liberos, vel illi generali reuocationi addatur; *Etiam condito inter liberos*: ſic declarat Molina *d. diſp. 153. verſ. Tale etiam eſt*, & patet ſatis ex ſupradictis *numer. 20.* Quòd ſi in ipſo teſtamento inter liberos appoſita ſit expreſſa clauſula derogatoria; tunc vt intelligatur reuocatum per poſterius teſtamentum, non ſatis erit quòd teſtator in poſteriore teſtamento, dicat, velle ſe, vt valeat, non obſtante priore teſtamento inter liberos, niſi ſimul ſpecialiter reuocetur clauſula derogatoria in illo appoſita, juxta ſupra tradita in ſuperioribus concluſionibus. Cùm enim ex lege vnam habeat clauſulam derogatoriam tacitam, & aliam expreſſam à teſtatore, quæ aliquid debet operari, ſit vt quod ſufficit ad illam priorem reuocandam non ſufficiat ad vtramque. Et ita docent relatis alijs Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q. 99. verſ. Hæc autem concluſio*, Couar. *in rubr. de Teſtam. 2. p. num. 19. concluſ. 4. corol. 4. in fine, & corol. 6. etiam in fine*, & Molina *d. diſp. 153. verſ. Couar. loco citat.* Vnde etiam colligo, tale teſtamentum non debere cenſeri reuocatum per poſterius conditum inter liberos, niſi in ipſo poſteriore fiat ſpecialis reuocatio clauſulæ derogatoriæ in priori expreſſæ; nam quòd poſterius teſtamentum ſit etiam inter liberos, ſolùm facit ceſſare priuilegium tacitæ derogationis in priori contentæ, vt conſtat ex dictis *num. præced.* & ideo ad tollendam etiam derogationem expreſſam, ſpecialis reuocatio neceſſaria eſt.

Tale etiam eſt teſtamentum factum cum juramento non reuocandi illud: hujuſmodi namque juramentum habet vim clauſulæ derogatoriæ, vt tale teſtamentum non intelligatur reuocatum per aliud poſterius, niſi teſtator ſufficienter declaret, ſe velle ab eo recedere, illo juramento non obſtante. Ita cum Barthol & multis alijs Couar. *d. concl. 4. corol. 2.* Anton. Góm. *in l. 3. Tauri, num. 95. & ſeq.* Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q. 94. verſ. Vnum tamen*, Molina *d. diſp. 153. verſ. Idem eſt quando*, Menoch. *d. præſumpt. 166. numer. 63.* & Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 17. numer. 4.* eſtque communis ſententia, quæ maximè procedit, ſtando in opinione infra tractanda, quòd illud juramentum eſt validum, & ſaltem in foro conſcientiæ obligatorium. Nam cùm juxta hanc opinionem non poſsit teſtator abſque perjurij reatu reuocare illud teſtamentum, præſumi non debet, voluiſſe cum tam graui jactura ſpirituali reuocare illud in poſteriore teſtamento, niſi ſatis declaret, quòd vult ab eo recedere, non obſtante juramento. Cæterùm etiam ſtando in alia opinione, quòd illud juramentum non obligat, idẽ tenendum eſt; nam teſtator id tali juramen- 37

mento intendit, vt teſtamentum facilè mutari non poſſet, ſaltem ob reuerentiam juramenti, quantumuis nulliter adhibiti. Et ita ſentiunt Barthol. *in l. Siquis in princip. teſtamenti, numer.* 14. *ff. de Legat.* 3. Anton. Gom. *dict. numer.* 95. & alij, qui tenent illud juramentum non obligare, & nihilominus habere vim clauſulæ derogatoriæ. De juramento autem aſſertorio, quo teſtator ſolùm juraret, ſe velle vt illud teſtamentum valeret, vel eam eſſe ſuam vltimam voluntatem, aut quid ſimile, contrarium tenendum eſt; ſcilicet per illud non induci clauſulam derogatoriam, vt bene docent Couar. *loco citat. in* 4. *edit.* & Molin. *vbi ſupra.*

38 Teſtamentum quoque ad pias cauſas eandem videtur habere prærogatiuam, vt non intelligatur reuocatum per aliud poſterius, niſi ſpecialiter reuocetur, vt tradit Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 6. tit.* 3. *ſub numer.* 50. & ſentire etiam videtur Gregor. Lop. *in l.* 8. *tit.* 1. *part.* 6. cum alijs, quos ibid. refert. Ratio eſt primò, quia hoc conceditur teſtamento inter liberos, cui condituin ad pias cauſas in Iure æquiparatur, *cap. Relatum,* 1. *de Teſtament. juncta l. Hac conſultiſſima, §. Ex imperfecto, Cod. eod.* Secundò, quia teſtamentum ad pias cauſas, includit tacitam reuocationem ſpecialem prioris teſtamenti habentis clauſulam derogatoriam, vt *ſupra, numer.* 32. dictum eſt. Ergo includit etiam tacitam clauſulam derogatoriam ſequentium teſtamentorum: eadem namque eſt ratio ad vnum atque aliud, vt ſatis per ſe videtur conſtare. Hanc verò reſolutionem limita, niſi poſterius teſtamentum ſit etiam ad pias cauſas; nam tunc non cenſebitur ei derogari per primum; quemadmodum in ſimili de teſtamento inter liberos, dictum eſt, *ſup. num.* 35.

39 Vltima concluſio. Si verba, quibus reuocatur clauſula derogatoria, non ſint ſcripta in teſtamento, quo teſtator voluit tollere primum teſtamentum eam clauſulam habens, ſatis eſt quòd probentur per teſtes, ad hoc vt prius teſtamentum pro reuocato habeatur. Sic Roman. *conſil.* 385. *numer.* 7. *fine*, quem ſequitur Mantica *lib.* 12. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 8. *numer.* 31. Nam quod à notario fuit omiſſum per errorem, vel obliuionem, ſuppleri poteſt per teſtes *l. Quoties, §. Sed ſi non in corpore, ff. de Hæred. inſtit.*

Illud tamen hìc notandum, ſi clauſula derogatoria contenta in priore teſtamento non fuerit reuocata, vt oportet, & poſterius teſtamentum habuerit clauſulam Codicillarem, legata in eo relicta præſtari debere ab hærede ſcripto in priore teſtamento, vt cum Barbat. & Socin. jun. tradit Mantic. *dict. tit.* 8. *in fine.* Illa enim clauſula habet vim codicillorum, in quibus legata, & fideicommiſſa relinqui poſſunt: primum autem teſtamentum habens clauſulam derogatoriam ſequentium teſtamentorum, ſolùm derogat teſtamentis, non verò codicillis poſtea conficiendis: & ſic nec dictæ clauſulæ Codicillari ſequentis teſtamenti; ex qua proinde legata, & fideicommiſſa in eo relicta præſtari debent ab hærede ſcripto in priore teſtamento, quod incorruptum manet. Quin etiam videtur ab eodem hærede reſtitui debere hæreditatem hæredi inſtituto in poſteriore teſtamento, detractâ tantùm Trebellianicâ. Nam clauſula Codicillaris facit valere teſtamentum in vim fideicommiſsi vniuerſalis, ex quo hæres teſtatoris tenetur hæreditatem reſtituere inſtituto in tali teſtamento, vt eſt notiſsimum, & ſupra latè probatum, & declaratum *diſp.* 2. *ſect.* 10. *§.* 10. 40

Nihilominus tamen non credo, debere in præſenti caſu reſtitui hæreditatem inſtituto in poſteriore teſtamento, nam mens teſtatoris apponentis clauſulam derogatoriam in priore teſtamento eſt, vt hæreditas non auferatur per aliam voluntatem hæredi in eo ſcripto; & conſequenter quòd nò teneatur eam reſtituere: quare non tantùm intendit derogare ſequentibus teſtamentis, qua talibus, ſed etiam qua fideicommiſsis vniuerſalibus virtute clauſulę Codicillaris; & ſic ex defectu voluntatis dicta clauſula 41

Codicillaris poſterioris teſtamenti non operatur in præſenti, vt teſtamentum valeat in vim fideicommiſsi vniuerſalis, ex quo hæres in priore teſtamento ſcriptus teneatur hæreditatem reſtituere. Quam ſententiam in durioribus terminis tenet Curt. jun. *conſil.* 196. *num.* 12. dicens, quòd per clauſulam derogatoriam poſitam in priore teſtamento, etiam clauſula Codicillaris poſterioris teſtamenti redditur nulla, ita vt nec legata debeantur. Hoc tamen ſolùm videtur poſſe admitti, quando clauſula derogatoria fuerit ita concepta, vt deroget cuilibet poſteriori voluntati; quo caſu etiam codicillis, & legatis derogabit, vt notat Mantica *loc. citat.* nam codicillis poſterioribus ſine dubio derogari poteſt, *l. Diuus, §. Licet, ff. de Iure codicil.*

§. 3. *De reuocatione teſtamenti ex voluntate teſtatoris declarantis coram tribus teſtibus, vel in actis, ſe nolle illud valere.*

SUMMARIUM.

VT *reuocatio hoc modo facta valeat, requiritur quòd facta ſit poſt decennium à die conditi teſtamenti: licèt aliqui hunc decennij effluxum requiri putent, poſt ipſam reuocationem factam, num.* 42.

42 HIc eſt vltimus modus, quo teſtator poteſt reuocare teſtamentum: opus tamen eſt, vt illi declarationi teſtatoris accedat decurſus decem annorum, vt initio hujus ſectionis dictum eſt, & habetur *in l. Sancimus*, 27. *Cod. de Teſtam.* Quæſtio verò eſt, vtrùm illud decennium, debeat præcedere, vel ſubſequi dictam declarationem teſtatoris. Nam *in d. l.* id non explicatur. Anton. Gom. *ad l.* 3. *Tauri, num.* 102. & 103. & quidam alij, quos refert, ſentiunt requiri, vt decennium effluat poſt illam declarationem, ſeu reuocationem à teſtatore factam. At longè verius eſt, *in d. l. Sancimus*, poſtulari, vt decennium ſit emenſum à die conditi teſtamenti, vſque ad illam reuocationem. Ita Gloſ. *in d. l. Sancimus, verb. Fuerit*, Jul. Clar. *§. Teſtamentum, q.* 91. dicens hanc eſſe communem ſententiam, quam etiam innuit eam ſequens Sylu. *verb. Teſtamentum*, 1. *q.* 12. *pronuntiato* 3. & Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 153. *verſ. Illud verò animaduertendum*, qui eam rationem reddit, quoniam irrationabile videtur exigere decurſum decennij poſt talem reuocationem, ut valeat, præſertim cùm teſtes faciliùs poſsint teſtificari falſum de tempore tam diuturno. Propria verò ratio videtur eſſe, quia ille tam longi temporis decurſus quodammodo infirmat, & debilius reddit teſtamentum antea factum; cùm ea ſit vis, & potentia temporis, vt omnia paulatim minuat, & corrumpat, vnde Martial. lib. 9. Epigr. *Quid non longa dies, quid non conſumitis anni?* & Ouid. lib. 5. Metamorph. *Tempus edax rerum, tuque inuidioſa vetuſtas, Omnia deſtruitis.* Et ideo ad tale teſtamentum dicta reuocatione tollendum conueniens, & quaſi neceſſarium fuit, vt eam præcederet illud decennium, quo teſtamentum debilius redditum per eam tolleretur, cùm aliàs id operari non poſſet. Accedit, quòd in tam longo tempore poſſunt, & ſolent occurrere multæ cauſæ mutandi teſtamentum; & ideo meritò conceſſum intelligitur, vt poſt illud tempus elapſum dicta reuocatio poſſet fieri.

(:?:)

SEC-

SECTIO III.

Vtrum aliqua ratione poſsit teſtator ſibi adimere vel impedire facultatem reuocandi teſtamentum?

SVMMARIVM.

R*Ecenſentur caſus, in quibus hæc quæſtio agitari ſolet, & in præſenti excutienda eſt; num.* 43.

43 QVamquam certiſsima regula juris ſit, teſtatorem ſibi adimere non poſſe facultatem reuocandi teſtamentum, vt vidimus *ſect.* 1. *hujus diſp.* & habetur expreſsè *in l. Siquis in princ. teſtamenti, ff. de Legat.* 3. aliqui tamen ſunt caſus, in quibus controuertitur, an ea regula fallat, ſaltem quoad hoc vt teſtator nequeat licitè teſtamentum reuocare. Primus eſt, quando teſtator jurauit, ſe non reuocaturum teſtamentum. Secundus, quando teſtator factus eſt Religioſus poſt teſtamentum conditum. Tertius, quando duo ſimul teſtati ſunt, & de communi conſenſu hæredem inſtituerunt, vel aliquid aliud ſtatuerunt; in quo caſu dubitatur, an poſt mortem vnius poſsit alter teſtamentum reuocare quoad ſuam partem, præſertim, ſi ſe mutuo inſtituerunt, & grauarunt, vt quòd alter, ſi ſuperuiueret, teſtamentum non reuocaret, ne alia communia relicta perirent, vel minuerentur? Explicandum hic ergo eſt, quid in his caſibus tenendum ſit. Atque ex ijs, quæ circa illos dicemus facilè intelligetur, quid in ſimilibus, & ſi qui fortè occurrerint cenſeri debeat.

(:!:)

§. 1. *Vtrum teſtator poſsit reuocare teſtamentum, quod ſe non reuocaturum jurauit?*

SUMMARIUM.

P*Roponitur prima ſententia tenens, per tale juramentum reddi teſtamentum irreuocabile; num.* 44.
Prædicta ſententia reprobatur, & falſa eſſe oſtenditur; num. 45. *& ſeq.*
Quando actus alioqui infirmus, aut reuocabilis, confirmari cenſeatur per juramentum? num. 46.
Secunda ſententia tenet, non obſtante illo juramento, poſſe à teſtatore reuocari teſtamentum, citra metum perjurij; num. 47. *Probatur, & confirmatur hæc ſententia; num.* 48. *& ſeq.*
Votum non reuocandi teſtamentum factum ad cauſas pias valet; num. 50.
Tertia ſententia eſt, fore perjurum teſtatorem, ſi teſtamentum dicto modo juratum reuocauerit; num. 50. *Proponuntur, & ſoluuntur fundamenta hujus ſententiæ; ibid. & num.* 51.
Prædicta ſecunda ſententia præfertur: tertia tamen valde probabilis judicatur; eâque retentâ, vt teſtator abſque culpa perjurij teſtamentum reuocare poſsit neceſſaria eſt juramenti relaxatio, quam Epiſcopus concedere poteſt; num. 52.
Vtrum ſi Princeps approbet juramentum, vel promiſsionem non reuocandi teſtamentum, adhuc nihilominus teſtamentum reuocari poſsit? num. 53.

TRes hac in re ſunt principales ſententiæ. Prima tenet, juramentum non reuocandi teſtamentum reddere illud irreuocabile; ita vt ſi teſtator condat aliud teſtamentum, quo dicat, ſe illud primum reuocare, velleque vt non valeat, non obſtante juramento &c. non ſolùm ſit perjurus, 44

 ſed

ſed etiam reuocatio illa ſit inutilis, & conſequenter priori teſtamento ſtandum ſit. Hujus ſententiæ ſunt Hoſtienſis *in Sum. tit. de Sepulturis, §. An licitum, verſ. Quid ſiquis eligat*, Speculator *tit. de Inſtrum. editione, §. Compendioſe, verſ. Quid, ſi quis jurauerit, num.* 15. & Ioannes Coraſius *in Præludijs ad l. Admonendi, num.* 31. *ff. de Iurejurando*, prout cos refert Couar. *in Rubr. de Teſtam.* 2. *p. num.* 9. Mouentur quia juramentum additum actui alioqui mutabili illum reddit firmum, & irreuocabilem, *cap. Cum contingat, de Iurejur.* Eandem ſententiam tenet, ſaltem quoad effectum, Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 151. *verſ. Saluo autem meliori judicio*; vbi docet teſtamentum dicto modo juratum impleri debere, tam in conſcientiæ, quàm in exteriori foro quantumuis teſtator illud reuocare intenderit in poſteriore teſtamento, peccaretque ipſum teſtatorem illud reuocando, non ſolùm peccato perjurij, ſed etiam injuſtitiæ adu rſus hæredes in eo inſtitutos, proindeque competere ijs actionem, non ſolùm aduerſus ipſum teſtatorem, vt hæreditatem eis relictam in primo teſtamento non auferat, ſed etiam aduerſus hæredes illius, ad quos illa actio paſsiua tranſit, vt ipſis reſtituant, quantum ſuâ intererat, non eſſe reuocatum teſtamentum. Et hanc ipſam ſententiam clarè approbat Sanch. *lib.* 3. *Decal. cap.* 12. *numer.* 22. *juncto numer.* 63.

45 Prædicta nihilominus ſententia communiter ab alijs DD. reprobatur, vt apud citandos videri poteſt. Et quidem meritò, nam licèt fateamur, & veriſimum ſit, multos actus alioqui infirmos, & reuocabiles, imo & inualidos, juramento confirmari, & reddi irreuocabiles, vt per *d. cap. Cum contingat, de Iurejurando, & cap.* 2. *eod. tit. in* 6. *& cap. Quamuis pactum, de Pactis in* 6. *& Auth. Sacramenta puberum, Cod. Si aduerſus venditionem*, tenet communiſsima DD. ſententia, quam latè probauimus, & declarauimus *in tract. de Contractibus in genere, diſp.* 8. *ſect.* 1. tamen plurimi etiam ſunt actus, qui juramento non confirmantur, nec confirmari poſſunt, ita vt validè ſaltem reuocari nequeant, perinde acſi jurati non eſſent; atque hujus generis ſunt omnes, quorum confirmationi jus humanum reſiſtit, vt *eadem diſp.* declaratum eſt: jus verò maximè reſiſtit confirmationi teſtamenti, vt reuocari nequeat, dum teſtator viuit, vt conſtat ex traditis *ſect.* 1. *hujus diſp.* Ergo non poteſt ita firmari juramento, vt reuocari nequeat à teſtatore.

Cófirmo, & declaro hoc ampliùs ex ipſa intrinſeca ratione confirmationis per juramentum: quia tunc actus alioqui reuocabilis cenſetur confirmari, & fieri irreuocabilis per juramentum, quando ita firmatur, vt agens nequeat ab eo reſilire citra perjurium contra Deum, & injuſtitiam contra hominem, in cujus fauorem geſtus eſt: debet enim tale juramentum eſſe promiſſorium, & ita validum, vt quatenus Deum in teſtem veritatis adducit, obliget ex religione ad faciendum verum, id quod juratum eſt; & quatenus includit promiſsionem homini factam, obliget ex juſtitia ad implendum id, quod promiſſum eſt. In his quippe duobus effectibus ſimul ſumptis; maximè verò in ſecundo, conſiſtit confirmatio per juramentum. Vnde ſi careat ſecundo, (vt ſæpe fit) eoquod promiſsio, quam inuoluit eſt inualida, habeat verò primum; dicitur juramentum per ſe ſtans, quod facilè relaxari poteſt, etiam inuito eo, in cujus fauorem fuit præſtitum; prout hæc omnia ex communi DD. à nobis tradita ſunt *dict. diſput.* 8. *de Contractibus in genere, præſertim ſect.* 1. *& ſect.* 4. *regula* 3. Promiſsio autem incluſa in juramento, quo quis alteri jurat, ſe non reuocaturum teſtamentum eſt inualida, & à jure reprobata, vt probauimus *ſect.* 1. *hujus diſputation. numer.* 2. tenentque communiter DD. & ſic tale juramentum non valet, quatenus promiſſorium; proindeque non ita firmat teſtamentum, vt teſtator nequeat 46

queat ab eo recedere, illudque reuocare citra injuſtitiam aduerſus promiſſarium. Vtrùm vero ſit validum, quatenus adducit Deum in teſtem veritatis, ita vt ſit perjurus teſtator illud non ſeruans? ſequentes aperient ſententiæ.

47 Secunda ergo ſententia in præſenti eſt, non obſtante illo juramento, poſſe à teſtatore reuocari teſtamentum citra metum perjurij. Hanc tenent Barth. *in d. l. Siquis in principio teſtamenti, numer.* 14. *ff. de Legat.* 3. Angel. *in l. Siquis pro eo, ff. de Fidejuſſor.* Bald. *conſil.* 22. *&* 148. *volum.* 1. Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, num.* 95. Molina Iuriſta *lib.* 4. *de Primogen. cap.* 2. *num.* 4. Guttier. *de Iuram. confirmat.* 2. *p. cap.* 1. Pichar. *in §. Poſteriore quoque, numer.* 70. *Inſtit. Quib. mod. teſtam. infirm.* eſſeque hanc ſententiam communem teſtantur multi, quos refert Couar. *in rubr. de Teſtam.* 2. *p. numer.* 15. *verſ. Secunda opinio,* qui etiam ibidem fatetur hanc opinionem à juris Ciuilis profeſſoribus crebrò recipi. Eandem tenet Gloſ. *in cap.* 1. *de Pace tenenda, §. Item ſacramenta, verb. Super contractibus;* & videtur etiam tenere Gloſ. Accurſij *in d. Auth. Sacramenta puberum, verb. Ex tota:* pro illa etiam ſtat apertè Ordinatio Luſitana *lib.* 4. *tit.* 70. *§.* 3. vbi expreſsè inter alios contractus illicitos, & in jure reprobatos, qui non poſſunt confirmari juramento, numerat promiſsionem, qua quis alteri ſub certa pæna promitteret, ſe eum relicturum hæredem in totum, vel in partem: idem in ſimilibus terminis tradit Emman. Barboſa, relatis alijs, *in Remiſs. ad cit. locum Ordinat. numer.* 2. dicens, quòd pacto inſtituendi aliquem heredem, non poteſt accedere juramentum, nec tanquam per ſe ſtans, nec tanquam confirmatorium.

48 Fundamentum hujus ſententiæ eſt, quia leges omnimodam volunt eſſe libertatem teſtamentorum, itaut quantum in ipſis eſt, eam tueantur auferendo, & irritando quidquid eam tollere, aut minuere poteſt, vt conſtat ex dictis *ſect.* 1. *numer.* 2. idque in commune bonum, cùm teſtamenti factio non priuati, ſed publici juris ſit, *l.* 3. *ff. de Teſtament.* Unde generaliter ſtatuunt, neminem in hac materia ſibi poſſe legem imponere, à qua ei recedere non liceat, *l. Siquis in princip. teſtamenti, ff. de Legat.* 3. Ergo impediunt etiam, & irritum omnino reddunt juramentum, quo teſtator ſe vellet obligare ad non reuocandum teſtamentum. Neque hoc excedit poteſtatem legum Ciuilium; nam juramentum in fauorem hominis præſtitum, quale hoc eſt, ſicut ab ipſo homine relaxari, & irritari poteſt, ita etiam propter commune bonum irritari poteſt ab ejus Superiore, ſeu per leges Superioris, vt bene docet Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 149. *verſ. Deinde.*

Confirmatur primò; quia promiſſio ſoluendi pænam ſponſalibus adjectam, eoquod à jure reprobatur, quia impediret libertatem matrimonij, *cap. Gemma, de Sponſalibus,* non ſolùm non confirmatur juramento, ſed nec ipſum juramentum valet, vt cum alijs docet Sanch. *lib.* 1. *de Matrimon. diſp.* 32. *numer.* 21. *& ſequent.* Ergo ſimiliter in noſtro caſu, cùm promiſsio non reuocandi teſtamentum à jure improbetur, & ſit nulla eoquòd impediret libertatem teſtamenti vt *ſect.* 1. *numer.* 2. viſum eſt. Confirmatur ſecundò; quia obligari teſtatorem ad non reuocandum teſtamentum, eſt contra bonos mores, *l. Stipulatio hoc modo,* 61. *ff. de Verbor. obligation.* juramentum autem contra bonos mores non obligat; cùm vinculum iniquitatis eſſe non poſsit, *cap. Quando, de Iure jur.* 49

Tertia nihilominus ſententia eſt, fore perjurum teſtatorem, ſi teſtamentum dicto modo juratum reuocauerit. Ita Ioan. Andr. *in Regula, Quod ſemel, de Regul. jur. in* 6. Archidiac. *in cap. Vltima voluntas,* 1. *quæſt.* 2. Anchar. *in cap. Cum eſſes, col. penult. de Teſtament.* Ioan. de Imola *in cap. Dilecto, col.* 2. *de Præben.* Salicet. *in l. Sancimus, col. vltim. Cod. de Teſtament.* Francus *in cap.* 50

 1. *de*

1. *de Sepulturis, in 6. col.* 1. Bald. *in l.* 1. *in Repet. col vltim. Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Felin. *in cap. In præſentia, num. 6. de Probat.* Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 17. *fine*, & multi alij, quos citat & ſequitur Couar. *in rubr. de Teſtament. p.* 2. *num.* 16. Idem tenet, dicens eſſe verius Iulius Clar. *§. Teſtamentum, q.* 94. *verſ. Sed numquid.* Vbi pro eadem ſententia refert Alex. Alciat. & Nattam, eſtque communis DD. ſententia. Potiſsimum ejus fundamentum eſt, quia teſtator poteſt licitè non reuocare teſtamentum, quod ſe non reuocaturum jurauit, (ſupponimus enim, nihil illicitum in eo diſponi) vt autem juramentum homini præſtitum obliget, ſatis eſt, quòd ſit de re, quæ licitè fieri poteſt, vt conſtat ex *d. cap. Debitores, de Iure jur.* vbi decidìtur, juramentum ſoluendi vſuras ex mutuo eſſe validum, & obligare; quia quanuis recipere tales vſuras ſit illicitum, attamen eas ſoluere illicitum non eſt. Hoc tamen fundamentum facilè excludi poteſt, dicendo, quanuis non ſit illicitum conſeruare ſponte illud teſtamentum, non reuocando illud; attamen eſſe prohibitum, & contra bonos mores, conſeruare illud ex neceſsitate, & obligatione; cùm leges tali obligationi contradicant: ac proinde tale juramentum eſſe de re mala, & ſic non obligare. Qua ratione probat Sanch. *lib.* 1. *de Matrim. diſp.* 32. *num.* 21. *& lib.* 3. *in Decal. cap.* 9. *num.* 14. juramentum ſoluendæ pænæ in ſponſalibus appoſitæ, non obligare, tanquam rei malæ; quia etſi ſponte ſoluere eam pænam non ſit malum, at eam ſoluere virtute prioris promiſsionis malæ, eſt malum.

51 Secundò igitur arguit pro hac ſententia Molina *d. diſp.* 151. *verſ. Secundò poſſumus*; quia ſi quis juraret, ſe non reuocaturum teſtamentum conditum ad pias cauſas foret perjurus, ſi illud reuocaret; ſiquidem tale juramentum haberet vim voti Deo facti; quod cùm eſſet de re Deo grata, & non impeditiua maioris boni, proculdubio ex Religione obligaret: ergo jam habemus, poſſe teſtatorem obligari ex juramento ad non reuocandum teſtamentum. Vnde quanuis non ſit ad pias cauſas, ſi tamen licitam diſpoſitionem contineat, minimè repugnabit, quòd ex juramento teneatur teſtator illud non reuocare ſub reatu perjurij, & ſacrilegij, quemadmodum quando eſſet conditum ad pias cauſas. At hoc etiam argumentum non conuincit: eſt enim longè diuerſa ratio in teſtamento ad pias cauſas, atque ad non pias. Nam juramentum non reuocandi teſtamentum ad pias cauſas inuoluit promiſsionem factam Deo in bonum ſpirituale animæ teſtatoris; quæ promiſsio non cadit ſub poteſtatem legum Ciuilium, vt eam prohibeat, & reddat inualidam, quemadmodum prohibet, & annullat promiſsionem factam homini: ac proinde juramentum eam implendi non cadit ſuper rem malam, & prohibitam, ſed potiùs ſuper rem ſanctam, & Deo gratam, & ſic eſt validum: ſecùs verò juramentum non reuocandi teſtamentum ad non pias; cùm cadat ſuper promiſsionem à jure reprobatam, & annullatam, quam implere ex neceſsitate, & obligatione eſt malum, vt proximè *num præced.* declaratum eſt.

Ex his ergo ſententijs mihi ſecunda 52
magis placet, licèt tertia etiam ſit valde probabilis. Iuxta quam, vt teſtator licitè poſsit reuocare teſtamentum dicto modo juratum, opus eſt vt priùs diſpenſationem, ſeu relaxationem juramenti obtineat: quam quidem poteſt Epiſcopus concedere; nam cùm prædictum juramentũ non confirmet teſtamentum, vel promiſſionem non reuocandi teſtamentum, vt etiam probant Suar. *tom.* 2. *de Religione tract. de Iuramento lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 21. *juncto num.* 23. & Rebellus *de Iuſt. p.* 2. *lib.* 1. *q.* 9. *num.* 2. *fine*, habet in eo locum communis DD. ſententia, quòd quando juramentum non eſt confirmatorium contractus, vel promiſsionis, ſed per ſe ſtans (quale juxta dictam tertiam ſententiam eſt hoc, de quo loquimur) poteſt Epiſcopus illud relaxare; cujus ſententiæ plurimos DD. refert Sanch. *lib.* 3. *in Decal. cap.* 12. *num.* 17. *&* 63. quos ſequi-

ſequitur tum ibidem, tum *num.* 22. vbi in ſpecie loquitur de juramento non reuocandi teſtamentum, & inſtituendi aliquem hæredem, ſupoſito quòd non ſit confirmatorium, ſed per ſe ſtans, quod dicit eſſe probabile. Neque ad talem relaxationem obtinendam neceſſaria eſt alia cauſa, quàm quæ ſemper quaſi intrinſecè ineſt, quoties juramentum non confirmat, vt tanquam probabilius tradit idem Sanch. *d. cap.* 12. *num.* 65. rejecta quadam diſtinctione, quam Suar. hac in re adhibet. Et ratio eſt, quia eadem ratio, quæ juſtas efficit leges irritantes illam promiſsionem, juſtamque præbuit cauſam arctandæ voluntatis contrahentium, ne validè ſe, & res ſuas pacto poſſent obligare, juſtam quoque præbet cauſam relaxandi juramentum, quo tale pactum jurarunt. Quod ſi teſtator, non obtenta relaxatione juramenti teſtamentum reuocet, licèt grauiter peccet, vt dicta tertia ſententia affirmat, attamen nulla obligatio ex eo juramento ad illius hæredes tráſit: quia juramentum homini præſtitum eſt ita perſonale ex parte jurantis, vt ejus obligatio ad hæredes non tranſeat, vt docet D. Thomas 2.2. *q.* 98. *art.* 2. *ad* 4. Caiet. *ibid.* & cum alijs Sanch. *d. lib.* 3. *in Decal. cap.* 13. *num.* 1.

53 Quæres, vtrùm ſi dicto juramento vel etiam ſoli promiſsioni, non reuocandi teſtamentum accedat approbatio Principis talem promiſsionem confirmantis, adhuc nihilominus teſtamentum reuocari poſsit à teſtatore? Affirmant aliqui, quos citat, & ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 19. *num.* 2. meliùs verò negant cum alijs Couar. *in rubr. de Teſtam. p.* 2. *num.* 3. & Molina *d. diſp.* 151. *fine.* Quia illa promiſsio non eſt irrita de jure naturali (non enim eſt intrinſecè mala) ſed ſolùm de jure Ciuili, in quo Princeps ex rationabili cauſa, non ſolùm validè, ſed etiam licitè diſpenſare poteſt, vt latiùs proſequitur magis hanc reſolutionem explicans Molina *cit.* Confirmatur præterea hæc reſolutio ex dictis *diſp.* 1. *ſect.* 5. §. 3. *num.* 175. vbi tradidimus, poſſe à Summo Pontifice ita confirmari teſtamentum à monacho factum, vt maneat irreuocabile ab ipſo teſtatore.

§. 2. *Vtrum Religioſus teſtamentum à ſe ante profeſsionem factum reuocare poſsit?*

SVMMARIVM.

Teſtamentum ingredientis Religionem non irritatur, ſecuta profeſſione, licèt variè hac de re ſenſerint DD. num. 54.

Religioſus profeſſus in Ordine ſuccedendi incapaci, non poteſt reuocare teſtamentum à ſe ante profeſsionem factũ, num. 55.

Si autem ſit profeſſus in Ordine ſuccedendi capaci, prima ſententia tenet, poſſe ab eo reuocari teſtamentum, numer. 56. *Secunda aſſerit integrum illi eſſe reuocare, diſponendo aliquid in fauorem filiorum, vel monaſterij: non autem in fauorem extranei, numer.* 57. *Tertia verò ſimpliciter negat poſſe ab eo teſtamentum reuocari, numer.* 58. *Et hac cæteris præfertur, licèt aliæ ob auctoritatem DD. probabiles dicantur, numer.* 59. *Reſpondetur ad earum fundamenta, ibid. & num.* 60. *& ſeq.*

Donatio cauſâ mortis, & donatio inter conjuges, confirmantur, & redduntur irreuocabiles per profeſsionem Religioſam donatoris. Et quomodo id intelligatur? num. 62.

Monaſterium nequit reuocare teſtamentum, neque donationem cauſâ mortis, vel inter conjuges, ſimileſue diſpoſitiones reuocabiles, à Religioſo ante profeſsionem factas, num. 63.

Neque Summus Pontifex concedere poteſt facultatem Religioſo profeſſo ad reuocandum teſtamentum ante profeſſionem factum, num 64.

Religioſus declarare poteſt teſtamentum à ſe ante profeſsionem factum, numer. 65. *& ſeq & quomodo id ſit intelligendum? num.* 67.

Iudex poſtquam ſententiam tulit, poteſt illam declarare, non verò mutare, dict.

 num.

num. 65. & num. 66.

Religioſus, qui ante profeſſionem legauit aliqua bona, vt diſtribuerentur in opera pia à ſe poſtea declaranda, poteſt poſt profeſſionem ea declarare: & ſi etiam reſeruauit electionem talium operum, poteſt ea eligere. Et vtrùm id procedat, ſi ſit profeſſus Ordinis Minorum? num. 68.

54 SVppono, teſtamentum ingredientis Religionem non irritari, ſequuta profeſſione; nam licèt variè hac in re ſenſerint DD. tamen ſententia tenens, tale teſtamentum manere firmum, eſt longè verior, & receptior; pro qua plurimos DD. refert eos ſequens Sanch. *tom. 2. in Decal. cap. 3. num. 34.* et probatur facilè primo, quia jus liberam teſtandi facultatem concedit ante ingreſſum Religionis, *Auth. Nunc autem, Cod. de Epiſc. & Cleric. & §. Illud, Auth. de Monachis*: fruſtranea autem eſſet ea licentia, ſi ſequuta profeſſione, teſtamentum rumperetur, aut reuocatum cenſeretur. Secundò, quia contrariæ opiniones nullo ſufficienti nituntur fundamento. Nam quidam aſſerunt, tale teſtamentum rumpi capitis minutione, quaſi teſtator per profeſſionem capite minutus ſit: id verò falſum eſſe probat optimè Cujacius *in expoſitione Nouellæ*, 5. & Sanch. *vbi ſup.* nam quanuis profitens in Religione approbata ſtatum mutet, libertatemque amittat; at mutat in melius; neque efficitur ſeruus, ſed Deo per obedientiæ votũ ſe dedicans, ſponte ſe priuat ſua libertate. Item alij opinantur, monaſterium ſuccedendi capax haberi loco filij; & ità quaſi agnatione poſthumi teſtamentum rumpi, vbi teſtator in eo profitetur. Et hoc etiam eſt falſum; nam longè verius eſt, monaſterium non haberi loco filij, vt optimè relatis pluribus tradit, & probat idẽ Sanch. *lib. 7. in Decal. cap. 16. numer. 4.* & licèt admittamus in aliquo caſu monaſterium loco filij haberi, vt ad excludendum fideicommiſſarium ſub conditione, ſi grauatus abſque liberis deceſſerit, juxta *cap. In præſentia, de Probation.* id non debet extendi ad alios caſus in jure non expreſſos, quia cùm ſit filius fictus, & hoc ſit à jure exorbitans, non eſt protrahendum ad alios caſus, ſed intra proprios terminos coercendum: Sanch. & multi alij, quos refert *d. cap. 16. num. 5.* Tandem alij diſtinguunt aſſerentes, reuocari illud teſtamentum ex præſumpta voluntate teſtatoris, qui Religionem ſuccedendi capacem ingreſſus eſt, ſi quando illud condidit, non cogitabat de ingreſſu talis Religionis: ſecùs verò ſi cogitabat. At hæc etiam diſtinctio facilè excluditur: tũ quia illa præſumptio fundatur ab his DD. in eo, quòd profitens in Religione cenſetur ſe, & ſua bona monaſterio dedicare, juxta *Auth. Ingreſſi, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* hæc autem tacita bonorum dedicatio solùm habet locum, quando profitens teſtatus non fuerat, *Auth. Nunc autem, Cod. de Epiſc. & cleric.* ibi; *Si priùs teſtatus non fuit*: neque in hoc textu, alijſuè juribus de hoc loquentibus diſtinguitur, an tempore teſtamenti teſtator cogitauerit de ingrediendo Religionem, nec ne? Tum quia præſumptio hæreditatis tacitè ademptæ non admittitur, vbi alia conjectura capi poteſt, *l. fin. ff. de His, quæ in teſtament. delen.* In præſenti autem poteſt, & debet capi alia conjectura, ſcilicet, propterea profeſſum, non diſpoſuiſſe de ſuis bonis tempore profeſſionis, quia jam antea de illis diſpoſuerat. Tum denique, quia etiam admiſſa illa præſumptione, quòd teſtator voluerit reuocare teſtamentum, vt monaſterium et ſuccederet, ſola illa voluntas etiam expreſſa, non ſufficit ad teſtamenti reuocationem, *§. Ex eo autem ſolo, Inſtit. Quib. mod. teſtam. infirm. l. Sancimus, Cod. de Teſtam.* & ſup. *ſect. 1. num. 3.* declaratum & Stat ergo præfata ſuppoſitio, quòd teſtamentum non rumpitur profeſſione, & licèt in aliquo caſu cenſeatur reuocatum, vt quando teſtator Religionem ingrediens, omnia ſua bona ei contuliſſet, vt probat, & latè declarat Sanch. *d. lib. 3. in Decal. cap. 3. num. 31. & 32.* nobis ſatis eſt, quòd teſtamentum manere poſſit

fit poſt profeſsionem, etiam in Religione ſuccedendi capaci.

55 Hoc igitur ſuppoſito, inſurgit propoſita quæſtio, quæ eſt grauiſsima, vtrùm integrum ſit profeſſo teſtamentum à ſe ante profeſſionem factum reuocare? Quā in re ante omnia diſtinguendum eſt inter profeſſum in Religione ſuccedendi incapaci, qualis eſt Ordo Minorum, & Religio Societatis Iesv, & in Religione ſuccedendi capaci, quales ſunt cæteræ fermè omnes Religiones. Si ergo profeſſus ſit in Religione incapaci ſuccedendi, citra dubium eſt, non poſſe reuocare teſtamentū antea factum; quia profeſsio in tali Religione æquiparatur morti naturali, & ſic confirmat omnino teſtamentum; ita vt deinceps maneat prorſus irreuocabile. Ita Barth. *in tract. Minoricarum, lib. 4. diſt. 2 c. 3. fine, &* in *Auth. Siqua mulier, num. 11. & ſeqq. Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* & ibi Paul. *num.* 5. Bald. *num.* 21. Salic. *in fine* & alij, Gregor. Lop. *in l.* 17. *tit.* 1. *part. 6. verb. Puede*, Guilliel. Bened. *in c. Raynutius, ver. Mortuo itaque teſtatore*, 1. *num.* 302. & omnes, teſte Sanch. idem tenente *tom. 2. in Decal. lib. 7. c. 11. n. 1.*

56 Si autem ſit profeſſus in Religione capaci ſuccedēdi, tres ſunt principales ſententiæ. Prima tenet, integrum eſſe tali Religioſo teſtamentum reuocare. Hanc tenent Barth. *in l.* 1. *num.* 7. *de Teſtam.* & ibi Cuman. *num.* 5. & Aretin. *num.* 5. Idem Barth. *in l. Sed ſi mors, num. 2. ff. de Donat. inter uir. & vxor; & in Auth. Siqua mulier, num.* 14. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Caldas Pereira *de Reuocat. nominat. Emphyt. c. 3. num.* 17. Menchaca *de Succeſ. progreſ. lib.* 1. §. 2. *numer.* 52. *& ſeq.* multique alij, quos refert Sanch. *d. c.* 11 *num.* 2. Probatur primò *ex d. l. Sed ſi mors, & ex l. Res vxoris,* 22. *C. de Don. inter vir. & vxor.* vbi, cùm dicatur donationem inter conjuges confirmari morte ciuili, vt deportatione, tanquam ſi mortuo marito rata habeatur, ſubditur: *Ita tamen, vt non adimatur marito licentia eam reuocandi; quia & mors ejus expectanda eſt, vt tunc pleniſſimam habeat, firmitatem.* Ergo ſimiliter, non ita confirmatur teſtamentum morte ciuili per profeſſionem inducta, vt non poſsit ab ipſo profeſſo reuocari. Secundò, quia ex tali teſtamento non debetur hæreditas, neque legata niſi poſt mortem naturalem ipſius profeſsi; vt tenet communiſsima penè omnium ſententia, quam relatis plurimis tradit Sanch. *d. lib. 7. in Decal. c. 3. num. 55. & 56.* vbi ex hoc infert, ſi inſtitutus, vel legatarij priùs obeant, quàm ille teſtator naturaliter moriatur, non tranſmiſſuros hæreditatem; neque legata ad ſuos hæredes. Ergo ante mortem naturalem illius, non eſt teſtamentum firmum, & irreuocabile: alioqui, cur ſtatim poſt profeſsionem non defertur ex eo hæreditas; quemadmodum quando teſtator profitetur in Religione incapaci ſuccedendi?

Secunda ſententia eſt, integrum eſſe 57 illi profeſſo reuocare, diſponendo aliter in fauorem filiorum, aut monaſterij, non autem in fauorem extranei. Ita Cynus *in d. Auth. Siqua mulier, num. 4. C. de Sacroſ. Eccleſ.* & ibi Paul. *num.* 5. Bald. *num* 22. Iaſ. *num.* 33 Salic. *num. 6. fine & ſeq.* Butrigar. 9. *vlt* & Bellapert. *col. penult.* & alij non pauci, quos refert Sanch. *d. lib. 7. in Decal. c. 11. num.* 3 Fundatur *in d. Auth. Siqua mulier*, vbi conceditur profeſſo teſtari in fauorem filiorum, & monaſterij: quare à fortiori licebit in eorum fauorem prius teſtamentum reuocare.

Tertia ſententia ſimpliciter negat, integrum 58 eſſe tali Religioſo teſtamentum reuocare. Hanc tenent Abbas *in c. In præſentia, num. 61. de Probat.* Francus *in rubr. de Teſtam. in 6. num.* 71. Imola *in l. 1. num. 13. ff. de Teſtam.* Vbi declarat, quòd nec verbis, neç incidendo, nec cancellando teſtamentum, poteſt illud reuocare; Decius *in Auth. Ingreſſi, numer. 13. C. de Sacroſ. Eccleſ.* Couar. *c. 2 num. 9. de Teſtam.* Nauar. comment. 2. de Regular. *num* 53. Valaſc. *de Partition. c. 16. num* 18. Guttier. *QQ. Canon. lib 2 c. 1. n. 57. & ſeqq.* Bened. Ægyd. *in l. 1. p. 4. §. 2. num. 6 fine C. de Sacroſ. Eccleſ.* Molina *tom.*

Google

tom. 1. de Iuſt. diſp. 140. *verſ. Vtrum verò Religioſus.* Azor *tom.* 1. *Inſtit. moral. lib.* 12. *cap.* 6. *q.* 5. Emman. Rodrig. *QQ. Regular. tom.* 3. *q.* 16. *art.* 2. *& q.* 69. *art.* 3. *& in Summa tom.* 2. *cap.* 32. *num.* 2. Sanch. plurimos referens *d. cap.* 11. *num* 5. Fundamentum eſt primò, quia profeſſus non poteſt ſecluſo priuilegio teſtari, vt eſt notiſsimum, & *ſup. diſp.* 1. à nobis traditum. Ergo etiam reuocare nequit teſtamentum antea factum; nam quæ poteſtas neceſſaria eſt ad actum cõſtituendum, eadem ad diſſoluendum requiritur, *l. Si vt proponis,* 7. *fine, Cod. de Nuptijs.* Secundò, & à priori, quia ingrediens Religionem, ita per profeſsionem moritur mundo, vt deinceps proprium habere non poſsit, nec de bonis antea habitis diſponere, *Auth. Ingreſſi, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* reuocans autem ſuum teſtamentum, verè de bonis ad ſe adhuc ſpectantibus jure proprio diſponit.

59 Hanc vltimam ſententiam ita veram cenſeo, vt duæ priores propter ſolam DD. authoritatem dici poſsint probabiles, vt etiam cenſet Sanch. *loc. proximè citat.* Ad primum itaque argumentum pro prima ſententia adductum reſpondetur, non valere argumentum à mortuo ciuiliter per deportationem ad mortuum per profeſsionem. Nam deportatus poteſt reſtitui, & ſic non amittit omnino priſtina jura, donec naturaliter non reſtitutus moriatur; quia ſi reſtituatur, ita illis gaudet & vti poteſt, ac ſi deportatus non fuiſſet, vt etiam ex multis alijs textibus conſtat: at verò mortuus per profeſsionem nequit in priſtinum ſtatum redire; & ideo ſtatim omnino amittit jus reuocandi teſtamentum, & de bonis ſuis diſponendi.

60 Ad ſecundum reſpondetur, ſententiam illam communiſsimam procedere, quando non conſtat teſtatorem voluiſſe, vt ſtatim poſt ſuam profeſsionem hæreditas, & legata darentur hæredi & legatario; nam ſi de hoc conſtet, tali voluntati ſtandum eſt, ſtatimque poſt profeſsionem teſtamentum ſortitur effectum, vt etiam eſt communiſsima DD. ſententia, quam relatis pluribus tradit Sanch. *d. lib. 7. in Decal. cap.* 3. *num.* 54. Quod quidem non poſſet admitti, ſi adhuc poſt profeſsionem tale teſtamentum eſſet reuocabile vſque ad mortem naturalem teſtatoris, non ſufficiente Ciuili per profeſsionem inductâ ad illud confirmandum: quia ex teſtamento nondum morte confirmato non eſt, neque poteſt eſſe hæres. Quando autem non conſtat de tali voluntate teſtatoris, tunc procedit illa communis ſententia, de qua in argumento; quia cùm monaſterium ſit capax ſuccedendi, & de jure ſuccedat in bonis profitentium, vt ſaltem illa retineat ex eorum perſona pro tempore quo illi ea retinere poterant, ſi profeſsi non eſſent, ſit vt dum talis teſtator naturaliter viuit, nõ pertineant ejus bona ad vocatos in teſtamento, ſed ad monaſterium; ad eum modum, quo *in l. Cum pater, §. Hæreditatem,* 1. *ff. de Legat.* 2. *& in l. Statius,* 48. *§. Cornelio, ff. de Iure Fiſci,* deciditur, fideicommiſſum relictum in diem mortis, non cedere fideicommiſſario per deportationem grauati, ſed à die mortis naturalis, & interim pertinere ad Fiſcum: ex quo textu dictam communem ſententiam probat Sanch. *ſupra, num.* 55.

Ad fundamentum ſecundæ ſententiæ reſpondetur, conceſsionem illius Auth. ſolùm fieri profeſſo, qui antea teſtatus nõ fuerit, vt conſtat ex ipſo textu, ibi; *Antequam de rebus ſuis inter eos diſponat, monaſterium intret.* Unde non bene inde colligitur concedi profeſſo, vt poſsit mutare teſtamentum antea factum, diſponendo aliter in fauorem liberorum. Imò argumento à contrario ſenſu, & ab ſpeciali, oppoſitum infertur, vt optimè ponderat Sanch. *d. lib. 7. in Decal. cap.* 11. *num.* 5. 61

Ex dictis colliges primò, donationem cauſâ mortis, & donationem inter conjuges, quæ morte naturali confirmantur, & vſque ad illam reuocari poſſunt, confirmari, & irreuocabiles reddi morte ciuili per profeſsionem inducta, vt contra Roderic. Suar. & contra id, quod alibi docuerat, tenet re meliùs conſiderata Sanch. 62

Digitized by Google

ch. *d. cap.* 11. *num.* 10. vbi tamen rectè addit, ſi donator profiteatur in Religione ſuccedendi capaci, non confirmari eas donationes, quoad hoc vt ſtatim ſint bona tradenda donatario, ſed vt tradantur poſt naturalem mortem profeſſi; & interim illis potiturum monaſterium.

63 Colliges ſecundò, neque ipſi monaſterio integrum eſſe reuocare teſtamentum, aut donationem cauſâ mortis, vel inter conjuges, ſimilesve diſpoſitiones reuocabiles, quæ à Religioſo ante profeſsionem factæ ſunt, vt cum Angulo docet Sanch. *vbi ſupra, num.* 12. Quia hæ omnes diſpoſitiones irreuocabiliter confirmantur per profeſsionem diſponentis, vt ex dictis conſtat; & ſic per illam jus reuocandi, quod diſponens habebat, extinctum eſt: jus autem profeſsione extinctum, tranſire nequit in monaſterium. Accedit, quod jus reuocandi has donationes eſt perſonale, nec tranſit ad hæredes donantis, neque ad Fiſcum, vt cum alijs probat Angulo *de Meliorationibus, lib.* 1. *Gloſ.* 9. *à num.* 27. *& ex eo tradit Sanch. cit.*

64 Colliges tertiò, neque Summum Pontificem concedere poſſe monacho, vt reuocare poſsit teſtamentum ante profeſsionem factum; idque non ſolùm quando eſt profeſſus in Religione ſuccedendi incapaci, quo caſu id tradit, allegatis alijs, Surdus, *conſil.* 90. *num.* 8. *volum.* 1. eò quòd per profeſsionem in tali Religione ſtatim jus plenè acquiſitum ſit inſtitutis in illo teſtamento: ſed etiam quando eſt profeſſus in Religione capaci ſuccedendi; in quo idem dicunt Gozadin. *conſ.* 41. *num.* 12. & Rubeus *conſil.* 155. *ſine*, ſi teſtator diſpoſuit, vt ſtatim à die profeſsionis teſtamentum ſortiretur ſuum plenum effectum; quod tunc etiam ſtatim plenum jus inſtitutis acquiſitum ſit: ſi autem teſtator id non diſpoſuit, aſſerit Rubeus *ſup.* fortè Papam concedere poſſe facultatem reuocandi, quia non eſt acquiſitum plenum jus hæredibus, ſed conditionale, ſi teſtatori ſuperuiuant. At etiam in hoc caſu non poſſe à Pontifice eam facultatem concedi, niſi ex vrgentiſsima cauſa, docet meritò Sanch. *d. lib.* 7. *in Decal. cap.* 11. *num.* 14. quia neque hoc jus imperfectum auferri poteſt abſque vrgentiſsima cauſa.

Quæres, vtrum ſaltem poſsit mona- 65
chus declarare teſtamentum à ſe ante profeſsionem factum? Reſpondeo affirmatiuè cum Emman. Rodrig. *QQ. Regular. tom.* 3. *q.* 69. *art.* 3. *& in Sum. tom.* 2. *cap.* 32. *num.* 2. & Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 16. Probatur primò, quia declarans ſuam diſpoſitionem, & quæ ſua fuerit voluntas, nihil tunc dat, ſed quod datũ eſt, ſignificat, *l. Hæredes palam,* 21. *§. Siquid poſt, C. de Teſt.* neque aliquid de nouo facit, ſed jam factum aperit, *l. Ideo, §. Cum quis, in fine, ff. de Acquir. rer. domin.* ergo quanuis monachus poſt profeſsionem nequeat diſponere de bonis antea habitis, neque mutare, aut reuocare teſtamentum, bene tamen illud poteſt declarare. Probatur ſecundò, quia licèt judex, poſtquam ſententiam tulit, non poſsit eam immutare; eoquod officio ſuo functus ſit, & jam quoad illam non ſit judex, ſed perſona priuata, *l. Iudex poſtea, ff. de Re judicata*; attamen, vt DD. ibidem tradunt, poteſt illam declarare; quia id non eſt nouum actum juriſdictionis exercere, ſed exercitum declarare: ergo ſimiliter in noſtrò caſu.

Quod ſi opponas, illius eſſe interpre- 66
tari, cujus eſt condere: *l. vltim. Cod. de Legib.* Ergo cùm profeſſus jam nequeat teſtamentum condere, non poſſe etiam illud interpretari, neque declarare; præſertim cùm talis declaratio non fiat quaſi à teſte deponente; ſed tanquam ab habente auctoritatem, qui obligat ad eam interpretationem amplectendam; quam auctoritatem profeſſus non habet. Reſpondeo ad veritatem illius proloquij non requiri, vt tempore, quo fit interpretatio habeat interpretans auctoritatem condẽdi legem, ſed ſatis eſſe quòd eam habuerit, quando legem condidit, ſicut ad declarandam ſententiam ſufficit, quòd judex auctoritatem habuerit, quando eam tulit, & ita ſe rem habere in declaratione teſtamenti, de qua agimus.

Nota verò, dictam facultatem decla- 67

ran-

randi, quam in profeſſo admittimus, ſolùm habere locum reſpectu diſpoſitionis obſcuræ, & incertæ; nam quando eſſet clara, & de jure certa, ſi teſtator vellet eam aliter declarare, id non eſſet veterem diſpoſitionem declarare, ſed nouam inducere, quod profeſſo interdictum eſt. Ita Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 17. qui etiam *num.* 18. rectè docet, oportere vt declaratio verbis conueniat, eiſque commodè aptari poſsit, nam quando alicujus eſt declarare ſuam mentem, vt judicis, de quo *ſup. num.* 65. declaratio debet conuenire verbis, quia alioqui non erit declaratio, ſed noua diſpoſitio, vt relatis pluribus tradit Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Libertis, in noua edit. num* 13 *& ſeqq.* & probat text. *in cap.* 1. *de Teſtam. in* 6. *ibi, Dummodo eorum verbis conueniat.*

68 Ex his deducitur, ſi ingreſſurus Religionem legaſſet aliqua bona, vt deſtribuerentur in pia opera à ſe poſtea declaranda, poſſe eam declarationem facere poſt profeſsionem, vt notat Sanch. *ſup. num.* 19. quia id non eſſet de nouo diſponere, ſed tantùm declarare. Si autem ſimul reſeruaſſet electionem talium operum, eo quod nondum ea haberet in mente: etiam tunc citra dubium eſt, poſſe talem electionem, & declarationem poſt profeſsionem facere; quia talis electio eſt quid facti potiùs, quam juris, vt conſtat ex *l. Cum pater*, 79. *§. Hæreditatem*, 1. *ff. de Legat.* 2. vbi habetur, jus eligendi non tolli per deportationem, cùm tamen deportatus incapax ſit eorum, quæ juris Ciuilis ſunt, vt conſtat ex eadem *l. §. Pater*; nihil enim per talem electionem dat, vel diſponit, ſed tantùm apponit conditionem neceſſariam, vt antiqua diſpoſitio effectum ſortiatur. Utrum autem id procedat, quanuis talis profeſſus ſit Ordinis Minorum, nihil obſtante ſpeciali prohibitione, qua illis interdictum eſt, ne poſſint eſſe exequutores teſtamentorum? In vtramque partem ſunt opiniones: ſed probabilior videtur affirmatiua, quam magis probat Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 6. *cap.* 11. *num.* 32. *& lib.* 7. *cap.* 11. *numer.* 19. quem vide.

§. 3. Vtrum teſtamentum factum à duobus, in quo de communi conſenſu hæredem inſtituerunt, aliquidvè aliud ſtatuerunt, poſſit à quolibet eorum poſt alterius mortem pro ſua parte reuocari?

SUMMARIUM.

Proponitur occaſio hujus quæſtionis, ac difficultatum ſub illa expediendarum, num. 69.

Vtrum quando conjuges præfato modo teſtati ſunt, poſsit v. c. vxor poſt mariti mortem reuocare pro ſua parte teſtamentum, non obſtante, quòd ſe mutuò hæredes inſtituerunt, & poſt vtriuſque mortem bona ſua de communi conſenſu alicui tertio reliquerunt? Et reſpondetur, quòd non ſolùm validè, ſed etiam licitè reuocare poteſt; num. 70. *& ſeqq. Id verò intelligitur, niſi prædefunctū conjugem decepiſſet, inducendo illum ad mutuam inſtitutionem, animo eam reuocandi pro ſua parte, ſi ille priùs obiret, vel ſi mors ſibi immineret, antequam ille decederet; quo caſu reſtituere tenebitur illius hæreditatem, & quibus? num.* 73.

Vtrum quando præfati teſtatores ſupra dicto modo diſpoſuerunt, & inſuper ſe mutuò grauarunt, vt qui alteri ſupereſſet, eique ſuccederet, teſtamentum non reuocaret, poſsit nihilominus ſuperſtes illud reuocare, licèt hæreditatem prædefuncti adiuerit, eaque potitus ſit? Reſpond. affirmatiuè; numer. 74. *An ſi ſuperſtes in tali caſu reuocet, teneatur reſtituere bona prædefuncti, quæ ſub illo onere non reuocandi ad ipſum peruenerunt? Prima ſententia negat: ibid. Secunda affirmat; numer.* 74. *Ejus fundamentum reprobatur, & excluditur; numer.* 76. *Sententia Authoris; num.* 77.

Maior libertas de jure requiritur in teſtamentis, quàm in matrimonio, nu-

num. 76.

Teſtator poteſt grauare hæredem non ſolum vt reſtituat hæreditatem, ſed etiam æſtimationem fructuum, quos ex illa percepit, vel cùm percipere poſſet, dolo non percepit; num. 78.

Quādo hæres fuerit rogatus præſtare aliquid ſupra vires hæreditatis, debet exceſſus præſtari ex fructibus ipſius hæreditatis, judicio teſtatoris perceptis; ibid.

Traditur, & latè explicatur modus, quo ij, qui de communi conſenſu teſtantur, & bona ſua poſt mortem vtriuſque alicui tertio relinquunt, efficere poſsint, vt qui alteri ſuperuixerit, nequeat mutare, aut infirmare notabiliter diſpoſitionem, qua bona illi tertio relinquantur; num. 79. & ſeqq.

Si aliquis in ſuo teſtamento diſponat de bonis alterius ex illius conſenſu, tale teſtamentum confirmatur morte diſponentis, etiam inuito eo, qui conſenſit, itaut nullâ ex parte ab eo reuocari poſſit; d. num. 79. Ad hoc verò requiritur, vt teſtator diſponat ſuo nomine de bonis alterius, juxta licentiam ab eo obtentam, & non ſufficit, quòd diſponat nomine illius; num. 80.

Dans licentiam alteri ad teſtandum de omnibus ſuis bonis tam præſentibus, quam futuris, debet ſibi aliquid reſeruare de quo poſsit teſtari: alioqui erit ea licentia nulla, quemadmodum eſt nulla donatio omnium bonorum præſentium, & futurorum juxta communem ſententiam; num. 81.

Vtrum tam per viam legati, quam inſtitutionis, poſſit quis diſponere in ſuo teſtamento de bonis alterius ex conſenſu illius? num. 82. & multis ſeqq.

Non repugnat, quòd duo ſimul teſtantes, & ſe mutuò inſtituentes ſibi ad inuicē concedant dictā licentiam, vt alter de alterius bonis teſtetur. Et quomodo id aptè fieri poſsit? n. [illegible]o. & ſeqq.

Etiam in viro, & vxore locum habet prædictus modus teſtandi de bonis alterius ex ejus licentia; num 94.

Quando vnus conjux alteri [illegible], non vt apud donatarium res do[illegible]a permaneat, ſed vt is alteri donet, talis donatio valet; ibid.

SÆpe qui arcta neceſſitudine inter ſe conjuncti ſunt, maximè verò conjuges, teſtamentum de communi conſenſu condunt, quo ſe mutuò inſtituunt hæredes, & poſt vtriuſque mortem bona ſua relinquunt alicui tertio, cum vinculo maioratûs, alioue ſimili, aut etiam ſine illo, & interdum etiam ſe mutuo grauant, vt qui vltimus deceſſerit non poſsit teſtamentum reuocare ne communia relicta pereant, vel minuantur. At poſtquam alter eorum decedit, plerumque fit vt ſuperſtes agat de reuocando, vel mutando tali teſtamento pro ſua parte, vt bona ad ſe ſpectantia alijs relinquat. Qua in re non leues inuoluuntur difficultates hujus loci propriæ, & ſic neceſſariò ſub præſenti quæſtione à nobis expediendæ. Vbi ex iam traditis *diſp. 2. ſect. 4. §. 5.* ſuppono, teſtamentum legitimè fieri poſſe à duobus, (imò & à pluribus) per modum vnius, de communi conſenſu, & ſub eadem communi ſcriptura, tale verò teſtamentum reverà non eſſe vnum, ſed plura; poſſeque ſic teſtantes ſe mutuò hæredes inſtituere. Quæ omnia citato loco probata, & declarata ſunt.

Hoc poſito. Prima difficultas in præſenti eſt, vtrùm mortuo vno ex dictis teſtatoribus, v. c. marito, poſsit vxor, quæ ſimul teſtata eſt, reuocare pro ſua parte teſtamentum, non obſtante quod ſe mutuò hæredes inſtituerunt, & poſt vtriuſque mortem bona ſua de communi conſenſu alicui tertio reliquerunt? Ratio difficultatis eſt, quia fortè maritus eam non inſtitueret, ſi intelligeret, quod illa mutatura eſſet voluntatem, & alteri perſonę, quàm ab vtroque deſignatæ, ſua bona relictura: vnde videtur cōmitti fraus, & deludi injuſtè maritus, ſi illa, poſt adeptam ejus hæreditatem, teſtamentum quoad ſuam partē reuocet. Nihilominus tamen cōmunis, & vera reſolutio eſt, validè, ac licitè reuocari poſſe tale teſtamentum à conjuge ſuperſtite. Ita [illegible] alijs Valaſc. *conſult. 7. [illegible] mer. 7* Molina

 tom.

tom.1.de Iuſt. diſp. 152. verſ. Dicendum tamen, Sanch. *lib.4. Opuſc. cap.1. dub.21. n.6.* & Cardinal. Lugo *tom.2. de Iuſt. diſp. 24. ſect. 2. num. 45.* Et inprimis, quod poſsit reuocari validè, conſtat facilè ex ipſa natura vltimæ voluntatis, quæ talis eſt, vt ſemper vſque ad mortem diſponentis reuocari poſsit; adeo vt nemo teſtandi, vel mutandi teſtamentum liberam facultatem ſibi poſsit auferre, vt eſt text. *in l. Siquis in princ. teſtamenti, ff. de Leg. 3.* & ex alijs etiam juribus demonſtratum eſt *ſect. 1. hujus diſp. n. 2.* Confirmatur ex *l. Licet inter priuatos, Cod. de Pactis*, adjuncta communi Interpretum ſententia; quia in eo textu conceditur, vt inter milites ad bellum euntes valeat pactum de mutua ſucceſsione, & conueniunt DD. tale pactum valere in vim vltimæ voluntatis, ſic eſſe reuocabile, quandiu quilibet eorum viuit: quod ob paritatem rationis, etiam in noſtro caſu locum habet.

71 Deinde, quod etiam poſsit reuocari licitè, probatur excludendo rationem difficultatis in contrarium adductam. Nam cùm conjux prædefunctus, ſcire deberet quamlibet vltimam voluntatem eſſe reuocabilem vſque ad mortem, ipſi imputandum eſt, quòd ſe deceperit, inſtituendo ſuperſtitem, ſi fortè credebat, eum manere obligatum ad non reuocandum, & propterea illum inſtituit, aliàs non inſtituturus. Vnde nullam injuriam illi facit ſuperſtes reuocando teſtamentum quoad ſuam partem; cùm in hoc, jure ſuo vtatur, nec prædefuncti deceptio ei poſsit imputari. Quæ ratio approbatur *in l. Cum donationis*, vbi DD. *Cod. de Tranſactionibus*, & inſeruit ad multa.

72 Confirmatur præterea hæc reſolutio primò, quia mutua conjugum, & ſimilium perſonarum valde conjunctarum inſtitutio, potiùs videtur facta ob mutuum amorem, quàm ob ſpem, quòd neuter, altero vitâ defuncto, teſtamentum mutabit, vt patet ex *l. 1 ff. de Donat. inter vir. & vxor.* & ex notat. per Imolam *in cap. Officij, de Teſtam.* Secundò, quia prædefunctus cenſendus eſt alium inſtituiſſe, quia alius ipſum quoque inſtituit, & tantundem tribuit, *l. 1 § Quæ onerandæ, ff. Quarum rerum actio non detur.* & *l. Si ventri, § fin. & ibi Gl. ſ ff. de Priuileg. credit.* cum multis alijs adductis à Tiraq. *in l. Si vnquam, verb. Donatione largitus, à num. 105.* Tertiò, quia in hoc par vtriuſque eſt conditio; ſiquidem ſuperuiuens poterat priùs mori, & tunc alter ejus hæreditate potiretur, poſſetque ſimiliter teſtamentum mutare. Vnde, quod contra euenerit, non injuriæ prædefuncto illatæ, ſed meliori alterius fortunæ tribuendum eſt.

Aduertit autem bene Molina *dict. diſput. 152.* & ex eo Sanch. *dict. cap. 1. dubit. 36. numer. 3.* ſi dolo ſuperſtitis inductus fuit prædefunctus, vt ſe mutuò inſtituerent, animo reuocandi quoad ſuam partem, ſi alter priùs obiret, vel, ſi mors ſibi immineret, antequam alter è vita decederet, teneri tunc ſuperſtitem juxta prudentis arbitrium reſtituere hæredibus, qui probabiliter crederentur à prædefuncto inſtituendi, aut ſucceſſuri ei eſſent ab inteſtato, ſi non fuiſſet ita injuſtè deceptus. Quia tantundem damni cenſetur injuſtè dediſſe illis futuris alioqui ſucceſſoribus; conſonat Valaſc. *d. conſult. 7. in fine*, vbi proponens caſum, quo inter virum, & vxorem conuenit de inſtituendo conſobrino, quem ipſi inſtituerunt, vnuſquiſque pro ſua parte; vno autem eorum mortuo, alter teſtamentum reuocauit, inquirit, an maneat firma inſtitutio, quam fecit præmortuus, licèt ſuperſtes promiſsis non ſteterit? Et reſpondet affirmatiuè, addendo hanc limitationem, vt ſi probetur, quòd dolo conjugis ſuperſtitis alter fuit inductus ad illam inſtitutionem faciendam, auocanda ſit hæreditas à venientibus ab inteſtato, vtpote quę ad illos tunc ſpectet; pro qua limitatione plures DD adducit. Ea verò intelligenda eſt pro foro exter[illegible] Nam in interno debet reſtitutio [illegible] ri ijs, quibus creditur, quòd [illegible]ſtator ea bona eſſet relicturus, ſi [illegible] non fuiſſet, prout in ſimili [illegible] us tradidimus *diſputat. 2. ſect* [illegible] *mer. 10.* 73

74 Secunda difficultas eſt, vtrùm quando præfati teſtatores dicto modo diſpoſuerunt,& inſuper ſe mutuò grauarũt, vt qui alteri ſupereſſet, eique ſuccederet, teſtamentum non reuocaret; poſsit nihilominus ſuperſtes illud reuocare, licèt hæreditatem prædefuncti adiuerit, eâque potitus ſit? Reſpondetur, etiam in hoc caſu reuocari poſſe à teſtatore ſuperſtite; quia leges nullo in caſu permittunt obligari teſtatorem, ad non reuocandum teſtamentum, vt conſtat ex traditis *ſect.* 1. *hujus diſp. num.* 2. & ita docet Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 21. *num.* 7. Vtrùm verò, ſi ſuperſtes in tali caſu reuocet, teneatur reſtituere bona prædefuncti, quæ ſub illo onere non reuocandi ad ipſum peruenerunt? dubio non caret; eòque præſens difficultas potiſsimùm ſpectat. Ubi pro negatiua parte ſtat ſatis vrgens ratio; quia illud onus continet modum de jure impoſsibilem, cùm per illud læditur teſtamenti libertas, quod jus non permittit, vt ex dictis conſtat: modus autem,ſiue de facto, ſiue de jure impoſsibilis, habetur pro non adjecto, tam in vltimis voluntatibus, quàm in contractibus, vt cum Accurſio, & communi DD. tradunt Molin. Iuriſta *lib.* 2. *de Primogen. cap.* 12. *num.* 41. Mol. Theol. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 208. *num.* 11. Sanch. *lib.* 1. *de Matrim. diſp. vlt. num.* 7. & Rebel. 2. *p. lib.* 18. *q.* 15. *fine.* Ergo ex illo onere nulla inducitur obligatio; cùm id, quod nullum eſt, nullum producat effectum.

75 Contrariũ tamen tenet Cardinalis Lugo *tom.* 2 *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 2. *ſub n.* 46. & mouetur ea ratione;quia illud onus,ſeu vt ille appellat, conditio non reuocandi, poteſt licitè impleri, vt ſatis liquet; & ſic nec de facto, nec de jure eſt impoſsibile; ac proinde non debet haberi pro non adjecto: ergo ſi non impleatur, corruet diſpoſitio, & titulus, ex quo ſuperuiuens illa bona retinere poſsit. Quod ſi opponas, per tale onus impediri teſtamenti libertatem, quod jus non permittit,& tanquam contrariũ bonis moribus reprobat, *l. Stipulatio hoc modo,ff. de Verb. oblig. cũ concord.* & ſic debere rejici tanquam turpe, & impoſsibile de jure: reſpondet non eſſe inconueniens,neq; contra bonos mores, quòd per tale onus minuatur libertas teſtandi, & reuocandi prius teſtamentũ; quia per ejuſmodi onus ſolùm inducitur conditio, vel pœna de lucro non habẽdo, quæ non debet rejici, neq; haberi tanquã turpis,argum. *l. Titio centũ,§* 1. *ff. de Cõdit. & dem.* vbi conditio nubendi certæ perſonæ adjecta inſtitutioni, vel legato approbatur, nihil obſtante, quòd per illã minuatur libertas matrimonij,quã jus etiam maximè tuetur; & idem eſt de modo, quo hæres, vel legatarius grauatur certam perſonam ducere, nam illũ etiam valere, docet cũ alijs Sanch. *lib.* 1. *de Matr. diſp.* 33. *n.* 8. Unde cùm non minor, imò verò maior debeat eſſe libertas matrimonij, quã teſtamenti,profectò ſi talis conditio, vel modus nõ rejicitur reſpectu matrimonij, cur reſpectu teſtamẽti rejicienda erit?

Cæterùm, hæc ratio ſeu ratiocinatio cõcludens non eſt, & multa inuoluit falſa, 76 vel improbabilia. Quia in primis falſum eſt dictum onus non reuocandi, eſſe conditionem,ſub qua hæreditas in propoſito caſu relinquatur ſuperuiuenti; nam illud onus intelligitur impoſitũ à teſtatore, ſicut cætera onera hæreditaria,quæ contrahuntur ab hærede poſt aditam hæreditatem; antea enim nondum exiſtit hæres, & ſic nullis hæreditarijs oneribus grauatur: ſi autem eſſet conditio, & validè apponeretur, impleri deberet ante aditionẽ hæreditatis; ſiquidem hæres ſub conditione inſtitutus hæres non eſt, neq; eſſe poteſt, ante conditionem impletam. Illud igitur onus reuerà non eſt conditio, ſed modus inſtitutioni adjectus. Vnde falſò etiam dicitur eſſe pœna de lucro non habendo; nã ſi apponitur vt modus, & ſic contrahendũ poſt aditã hæreditatẽ eo non ſeruato auferendã, nõ poteſt dici pœna de lucro nõ habendo, ſed de lucro amittendo; quæ eſt propria pœna tollẽs libertatem teſtamẽti; & ſic nullla, & à jure reprobata, vt ex dictis cõſtat. Deinde dato quòd ſit cõditio, vt planè erit, ſi teſtator id declaret, veluti ſi dicat; *Inſtituo hæredem vxorem meam, ſi illa non reuocet teſtamentum, quo mihi, &*

& poſt mortem vtriu ſque noſtrum ſua bona reliquit Seio conſobrino noſtro: etiam talis conditio eſt nulla, ipſamque diſpoſitionem vitiat, & nullam reddit: eſt enim apertè captioſa: qualis eſt, quoties quis aliquem hæredem inſtituit, ſi vicisſim ipſe, vel aliquis tertius, hæres ab eo ſcribatur, aut ſcriptus eſſe oſtendatur, *l. Illæ inſtitutiones*, 71. *ff. de Hæred. inſtit. cum concord.* & traditum eſt *ſupra, diſp.* 3 *ſect.* 3. §. 1. *num.* 163. patet autem ejuſdem rationis, & vitij eſſe conditionem, *Si non reuocauerit teſtamentum, quo me, vel Seium hæredem ſcripſit*; atque *Si me, vel Seium hæredem ſcripſerit, vel reliquerit*; & ſimiles, quæ non ſolùm ſunt vitioſæ, ſed ipſam etiam diſpoſitionem vitiant, vt *citat. loco* traditum eſt. Denique licèt hujuſmodi conditiones, & onera legitimè apponantur, & valeant reſpectu matrimonij, nihil obſtante quòd ejus libertatem aliquo modo minuunt: non ſequitur idem poſſe dici reſpectu teſtamenti, nam de jure multò maior requiritur libertas in condendo, & conſeruando teſtamento, quàm in matrimonio contrahendo. Nam, vt alia omittam, jus non abſtulit, imò verò induxit, & probauit, vt contracturus matrimonium poſſet per promisſionem, & pactum ſe obligare certam perſonam ducere, vt eſt notisſimum: omnino autem interdixit, & irritauit promisſionem & pactum inſtituendi aliquem hæredem, vel non reuocandi teſtamentum, vt *ſect.* 1. *hujus diſp.* viſum eſt, nec in dubium verti poteſt. Quare nihil illa doctisſimi Cardinalis ratiocinatio concludit.

77 Quid igitur dicendum? Credo legitimam deciſionem hujus caſus petendam eſſe ex benigna interpretatione voluntatis teſtatoris, quam leges in ſimilibus admittunt; vt nimirum dicamus, teſtatoris mentem in caſu propoſito eſſe grauare ſuperuiuentem meliori modo, quo posſit; & hunc modum eſſe, vt quando ſuam hæreditatem ei pro toto vitæ ejus tempore relinquit reſtituendam poſt ejus mortem certæ alteri perſonæ, teneatur talis ſuperuiuens vltra ipſam hæreditatem, dare, ſeu reſtituere illi tertiæ perſonæ omnia ſua bona, ſi tanti vel pluris æſtimentur fructus, quos ex hæreditate ipſius teſtatoris percipiet, aut cùm percipere poſſet, dolo non perceperit: ſi autem minoris æſtimentur, tantùm de ſuis bonis reſtituat, quantum illi æſtimationis habuerint; ita vt in tantum ille ſuperuiuens grauetur, in quantum à prædefuncto honoratur. In primis enim, quòd intelligendum ſit, mentem teſtatoris fuiſſe grauare ſuperuiuentem meliori modo, quo poſſet; ita vt cùm non poſſet eum grauare formaliter ad non reuocandum teſtamentum, intelligatur grauare ſimili onere à jure permiſſo, juxta id, in quo eum honorat; conſtat apertè ex *l. Filiusfamiliàs miles*, 117. *§. Vt quis hæredem, ff. de Legat.* 1. *& ex l. Ex facto*, 17. *in princip. ff. Ad Trebel.* vbi habetur non poſſe hæredem rogari, vt aliquem hæredem inſtituat; quare, ſi teſtator id rogauerit, perinde habendum, ac ſi rogaſſet ſuam hæreditatem reſtitui; quòd eſt onus ſimile, & in jure approbatum.

78 Deinde, quòd modus, & grauamen aſſignatum ſit legitimum & admittendum ſuppoſita voluntate teſtatoris volentis ſic grauare, probatur facilè; quia teſtator poteſt de jure grauare hæredem, non ſolùm habita ratione hæreditatis, quam ei relinquit, ſed etiam habita ratione fructuum, quos hæres ex hæreditate percipiet, vel cùm percipere poſſet, dolo non percepit, vt ſcilicet tantùm de proprijs bonis dare teneatur, quanti illi fructus æſtimantur, vt patet ex *l. Imperator*, 72. *§. Cum quidam, ff. de Leg.* 2. *& ex l. Cum pater*, 79. *§. Titio fratri, ff. eod.* quod etiam clarè ſumitur ex *eadem l. Imperator, in princip.* Ergo cùm in noſtro caſu teſtator grauans hæredem non reuocare teſtamentum, quo tertiam quandam perſonam hæredem ſcripſerat, intelligatur, eum grauare, vt præter hæreditatem ipſius teſtatoris, propria etiam bona illi perſonæ reſtituat, planè conſequitur in tantùm ipſum hæredem grauari de proprijs bonis dare illi tertiæ perſonæ, in quantum dicti fructus æſtimantur. Confirmatur præterea, nam quoties hæres fuerit

fuerit grauatus ſupra vires hæreditatis ei relictæ, debet exceſſus ſuppleri ex fructibus judicio teſtatoris perceptis, *l. Ita tamen, §. Hæres ex aſſe*, & ibi Barthol. *ff. Ad Trebel.* Angel, Alex. & Ripa, quos refert, & ſequitur Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 10. numer. 20.* Atque ex ijs patet reſponſio ad rationem in contrarium *numer.* 14. adductam. Cæterùm hanc reſolutionem non ita firmo, vt contrarium non cenſeam valde probabile, quod alijs meliùs cogitandum relinquo.

79 Tertia difficultas eſt, an ſuppetat aliquod remedium, quo præfati teſtatores ſibi poſsint conſulere aduerſus ſuperuiuentis inconſtantiam, & teſtamenti reuocabilitatem, ne relicta poſt vtriuſque mortem pro parte ſuperuiuentis pereant, vel minuantur? Reſpondeo bonum, & fortè vnicum remedium, ſeu cautelam eſſe, quòd vnus det alteri licentiam, ut de ſuis etiam bonis diſponat, & tunc, qui eam licentiam obtinuit, diſponat in ſuo teſtamento, tam de bonis proprijs, quàm de bonis alterius, prout ille conſenſit. Sic enim fiet vt etiam altero inuito tale teſtamentum confirmetur per mortem diſponentis, itaut alter nulla ex parte illud reuocare poſsit. Vnde ſi maritus ex legitimo conſenſu vxoris maioratum inſtituat ex bonis vtriuſque, talis inſtitutio morte mariti confirmatur, nec vxor pænitere poteſt. Ita Molina Juriſta *lib. 4. de Primogen. cap. 2. ſub numer.* 84. Molina Theolog. *tom. 1. de Iuſtit. diſputat.* 152. *numer.* 5. Couar. *in Rubric. de Teſtament. p. 2. numer.* 8. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Condidit*, 2. *numer.* 2. Gonçalo Mendez de Vaſconcellos *Diuerſor. jur. argument. lib. 1. cap. 11. numer. 4. cum ſequentib.* Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 21. numer.* 3. Cardinal. Lugo *tom. 2. de Iuſtit. diſputat.* 24. *ſect.* 2. & plures alij, quos referunt. Ratio eſt, quia diſpoſitio in tali teſtamento facta, non eſt communis, ſed ejus tantùm, qui ex alterius licentia de illius etiam bonis teſtatus eſt, & ideo ſola ipſius teſtatoris morte confirmatur, nec per alium vlla ex parte reuocari poteſt. Idem probant aliqui ex citatis DD. argum. *l. Nec fratres, Cod. de Donation. cauſ. mort. & l. Sicut, §. Venditionis, ff. Quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* Quin etiam addit bene Sanch. *ſup.* cum alijs, & Cardinal. Lugo *dict. diſputat.* 24. *numer.* 44. Quod neque viuente teſtatore poteſt, qui licentiam ei dedit, reuocare, quia conceſsio talis licentiæ, non eſt teſtamentum, ſed quoddam pactum irreuocabile, quod proinde etiam viuente illo teſtatore, non poteſt eo inuito reuocari.

Vt autem prædictum remedium maneat expeditum, & ſecurè eo vti poſsis, nonnulla aduertere oportet. Primò itaque notandum, hoc remedium procedere, quando quis proprio nomine de bonis alterius teſtatur, cum licentia illius: non autem ſi teſtetur nomine alterius, ſeu vt commiſſarius illius, quòd ſcilicet alter ei commiſerit, vt ſuo nomine teſtaretur. (Qui teſtandi modus cum certis quibuſdam limitationibus in Caſtella permittitur, vt conſtat ex *l.* 31. *Tauri, cum ſeqq. & ex tit. 4. lib. 5. nouæ recopil.*) tunc enim teſtamentum eſt committentis, & ſolùm poſt ejus mortem confirmatur: iſque illud poteſt reuocare, quandocumque voluerit, non autem commiſſarius. Ita cum alijs Sanch. *dict. dub.* 21. *numer.* 4. 80

Notandum ſecundò, ſuppoſita communi ſententia, quòd donatio omnium bonorum, tam præſentium, quàm futurorum regulariter non valet, vt etiam declarat Ordinat. Luſitana *lib. 4. tit. 70. §.* 3. non valituram ſimiliter licentiam, quam quis alteri dederit ad teſtandum de omnibus ſuis bonis, tam præſentibus quàm futuris; quia per talem licentiam ſibi adimeret facultatem teſtandi; quæ eſt ratio ob quam prædicta donatio non valet. Quapropter debet, qui talem licentiam dat, reſeruare ſibi aliqua bona, de quibus teſtari poſsit. Ita Vaſconcel. *dict. cap. 11. ſub num. 4. verſ. Primò nec*, indicant Sanch. *ſup. num.* 5. & Lugo *dict. num.* 44. 81

Notandum tertiò, non ſatis conſtare,
82 an tam per viam legati, quàm inſtitutionis, vel fideicommiſſi vniuerſalis, poſſit quis teſtari de bonis alterius, cum ejus licentia. Vaſconcel. *d. cap* 11. *num.* 6. *cum ſeqq.* tenet, poſſe diſponere per viam legati, non verò inſtitutionis, neque fideicommiſſi vniuerſalis. Primum, quod ſcilicet poſſit legare, probat per text. *in d. l. Sicut, §. Venditionis, ff.. Quib. mod. pign. vel hypot. ſolu.* quatenus ibi habetur, quòd ſi creditor permiſit legari rem, quæ ſibi erat hypothecata, tranſit ea res in legatarium abſque onere hypothecæ, quaſi ipſa etiam rei libertas fuerit legata, ac legitimè potuerit legari ex conſenſu creditoris.

83 Idem probatur, & fortè meliùs, argum. *l. Filiusfamil.* 1. *ff. de Donation. & l. Tam is,* 25. *§.* 1. *ff. de Mortis cau. donat.* vbi dicitur quòd filiusfamiliàs poteſt donare causâ mortis ex conſenſu patris: quod intelligitur de bonis ipſius patris. Nam quando hæ leges conditæ fuerunt, nihil proprium filijfamiliàs habebant, ſed quidquid acquirebant patri acquirebant, vt conſtat ex *l. Placet,* 78. *ff. de Acquirend. hæredit.* & ſolùm excipiebatur peculium Caſtrenſe, vel quaſi Caſtrenſe, de quo vt filius donare poſſet, neceſſarius nō erat conſenſus patris, vt patet ex *d. l. Filiusfamil.* Quare bonum hinc ſumitur argumentum ad præſens inſtitutum: cùm donatio causâ mortis magnam cum legato habeat affinitatem, adeo vt quando donatore viuente acceptata non fuit, proprium cenſeatur, vt bene aduertit Molina *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 288. *col. antepen. verſ. Dubium eſt.* Neque obſtat, quòd licèt filius ita donare poſſit ex conſenſu patris, non tamen poteſt legare, vt probat Glos. *in d. l. Tam is, §.* 1. *verb. Patris,* eſtque communis ſententia. Nam hoc non ideo eſt, quia magis repugnat naturæ legati, quod fiat ex bonis alterius, illo conſentiente, quàm naturę donationis causâ mortis; cùm vtrobique eadem appareat ratio quoad hoc, ſed quia filijfamiliàs ſunt ipſo jure incapaces diſponendi per vltimam voluntatem, etiam de bonis proprijs, præterquam de Caſtrenſibus, & quaſi Caſtrenſibus. Vnde neque ex patris conſenſu poſſunt de alijs bonis teſtari, aut legare, ſed tantùm donare causâ mortis, eoquod talis donatio magis accedit ad naturam contractus. In noſtro autem caſu eſt ſermo de iis, qui habent ſimpliciter facultatem teſtandi, & legandi, & ſolùm vt poſſint teſtari de bonis alterius indigent ejus conſenſu, ex quo non tam accipiunt facultatem teſtandi, quàm materiam, in qua ea facultate vtantur.

Magis videtur obſtare text. *in l. Aliud eſt vendere,* 121. *verſ. Abſurdum, ff. de Regul. jur.* vbi deciditur, abſurdum eſſe plus juris habere eum, cui legatus ſit fundus, quàm ipſum teſtatorem, ſi viueret. Vnde non videtur poſſe legari res aliena de conſenſu domini, quia jam plus juris in ea haberet legatarius, quàm ipſe teſtator habuerit. Ad hoc tamen facilè reſpondetur ex eodem Vaſconcel. *cit.* illum text. procedere in legatis ordinarijs, quæ fiunt ex ſola voluntate teſtatoris, non verò in extraordinarijs, de quibus loquimur; in quibus vltra teſtatoris voluntatem concurrit conſenſus domini, ad quem res legatæ ſpectabant; qui conſenſus ſupplet in teſtatore defectum dominij, ad hoc vt poſſit eas legare tanquam proprias, & conſequenter conferre legatario earum dominium, quo ipſe teſtator carebat. 84

Secundum, quòd ſcilicet id fieri nequeat per viam inſtitutionis probat citatus Doctor primò, quia inſtituere eſt dare hæreditatem: hæreditas autem eſt jus, quod defunctus habuit tempore mortis, *l. Hæreditas,* 63. *& l. Hæredem,* 60. *ff. de Regul. jur.* In præſenti autem caſu nullum jus habet teſtator in bonis alterius, ſed tantùm licentiam diſponendi de illis: ergo non poteſt ex illis inſtituere hæredem. Confirmatur, quia alioqui plus commodi relinqueret talis teſtator hæredi ſuo, quàm ipſe haberet contra, *l. Nemo plus,* 163. *ff. de Regul. jur.* Secundò, quia quando quis validè diſponit de re alterius cum illius conſenſu, talis res de- 85

Digitized by Google

debetur, & peti poteſt actione mandati; quatenus ſcilicet, qui alteri mandauit, vt de re ſua diſponeret, tenetur ſtare diſpoſitioni, quam alter juxta illius mandatum fecit: hæreditas autem ſolùm poteſt deberi, & peti ex teſtamento, vt eſt notiſsimum per *l. Hæreditas*, *Cod. de Pact. conuent. cum ſimil.* Ergo de bonis alterius ex illius conſenſu non poteſt hæreditas dari, atque adeo neque inſtitui hæres. Tertiò quia alioqui immeritò reprobaretur donatio omnium bonorum, tam præſentium, quàm futurorum, ex eo quod per eam priuaretur donator facultate teſtandi, ſiquidem adhuc poſſet impetrare ab alio facultatem teſtandi de bonis illius, & ſic decedere cum teſtamento.

86 Dicendum nihilominus eſt, quod etiam per viam inſtitutionis poteſt quis diſponere de bonis alienis ex conſenſu domini. Ita planè fateri debent, qui abſolutè docent poſſe Religioſum profeſſum teſtari cum licentia Summi Pontificis, quin ad hoc ſit neceſſarium, vt Pontifex cum eo diſpenſet in voto ſolemni paupertatis, quo redditus eſt incapax habendi proprium. Quam ſententiam tradidimus *diſp. 1. ſect. 5. §. 3. num. 166.* & tenent grauiſsimi DD. ibidem relati; juxta quam planum eſt, inſtitui poſſe hæredem ex bonis non proprijs teſtatoris, accedente conſenſu ejus, ad quem talia bona, ſiue quoad dominium, ſiue quoad ſolam adminiſtrationem pertinent. Et ratio generalis eſt; quia per ſe loquendo, qui habet facultatem domini ad vtendum certo aliquo modo illius bonis, ita poteſt eo modo illis vti, ac ſi eſſet ejus dominus, vt ſatis per ſe conſtat: ergo qui à domino habet facultatem ad teſtandum de ejus bonis, ita poteſt de illis teſtari, ſicut ſi eſſet eorum dominus: atqui ſi eſſet dominus, poſſet ex illis hæredem inſtituere: ergo hoc ipſum poteſt cum facultate domini.

87 Neque obſtant in contrarium adducta. Ad primum enim reſpondetur, quòd in illis legibus dicitur, hæreditatem eſſe jus, quod defunctus habuit tempore mortis, debere intelligi de jure, quod vel formaliter, & in re ipſa, vel virtualiter in ſola poteſtate ad illud conferendum, penes defunctum erat tempore obitûs. Qui autem teſtator de bonis alienis ex licentia domini, licèt reipſâ non habeat eorum dominium, habet tamen poteſtatem ab ipſo domino ad illud conferendum, & hoc eſt habere illud virtualiter, & in potentia, quod ſatis eſt vt in illis bonis poſſit hæredem inſtituere. Ad confirmationem reſpondetur regulam, *Nemo plus*, intelligi ordinariè, id eſt, de ijs, qui ſolùm de bonis proprijs teſtantur, prout ordinariè contingit, non verò de ijs, qui teſtantur de alienis ex domini conſenſu: hoc enim accedente, non repugnat, quod plus juris, & commodi relinquat, quam ipſe haberet, vt conſtat ex dictis *num. 84.* & patet ex *d. l. Sicut, §. Venditionis, ff. Quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* vbi quando res hypothecara legatur de conſenſu creditoris, plus commodi ex ea relinquitur legatario, quàm ipſe teſtator haberet. Siquidem legatario relinquitur libera ab onere hypothecæ, cum quo teſtator illam poſsidebat.

Ad ſecundum reſpondetur, quòd tunc 88
bona, de quibus aliquis diſponit ex conſenſu domini, poſſunt peti actione mandati, quando diſpoſitio facta eſt nomine ipſius domini, vtpote ex mandato, & commiſsione illius: at quando aliquis teſtatur de bonis alterius cum ejus licentia, non diſponit nomine illius, neque vt commiſſarius, ſed nomine proprio, vt *ſup. num.* 80. notauimus: ad eum ſcilicet modum, quo quis aliena bona de conſenſu domini in proprios vſus conſumit, quod non alieno, ſed proprio nomine facit: vnde ſiue per viam legati, ſiue per viam inſtitutionis illa bona relinquantur ex conſenſu domini, petenda non ſunt actione mandati, ſed ex teſtamento: neque quando relicta ſunt per viam inſtitutionis, petenda ſunt, vt hæreditas domini conſentientis, ſed vt contenta in hæreditate ejus, qui de illis teſtatus eſt; quia eo ipſo, quòd poterat de illis teſtari, & reipſa teſtatus eſt, in ejus hæreditate continentur; vtpote qui tempore mortis habe-

bat cotum dominium virtualiter, vt *ſup. num.* 87. explicatum eſt.

89 Ad tertium denique reſpondetur, vt donatio omnium bonorum, tam præſentium, quàm futurorum, reprobetur tanquam priuans donatorem facultate teſtandi, non oportere quòd talis donator maneat omnino incapax teſtandi in quouis euentu, ſed ſufficere quòd ſecluſo aliquo caſu extraordinario, maneat deſtitutus facultate teſtandi. Nam caſus extraordinarij, & rarò contingentes, non veniunt in conſiderationem: & talis eſt caſus, quo tali donatori daretur licentia teſtandi de bonis alienis, cùm id rariſsimè contingat. Alioqui, etiam ſecluſa facultate teſtandi de bonis alienis ex conſenſu domini immeritò illa donatio ob eam rationem reprobaretur, quia ſemper euenire poſſet, vt donatarius eam remitteret, ſaltem quoad aliquam partem, in quo euentu poſſet donator teſtari. At cùm ejuſmodi euentus non ſit ordinarius, nec in poteſtate donatoris, fit vt non obſtante ejus poſsibilitate, cenſeatur donator ſe priuare facultate teſtandi. Eadem autem, imò fortior eſt ratio de euentu, quo ei daretur licentia teſtandi de bonis alienis, cùm talis euentus rarior, & magis extraordinarius ſit, quàm remiſsio donationis, ſaltem quoad aliquam partem.

90 Vltimò notandum, non repugnare quòd duo ſimul teſtantes, & ſe mutuò hæredes inſtituentes, ſibi adinuicem concedant dictam licentiam, vt alter de alterius bonis teſtetur; vt loquendo de viro, & vxore ſimul in eadem charta teſtantibus tradit, allegando alios, Vaſconcel. *d. cap.* 11. *num.* 4. Quod in hunc modum videtur faciendum: nimirum, vt in publico inſtrumento, & coram idoneis teſtibus dicat maritus; Si contingat meam vxorem priùs è vita decedere, ei pro tali caſu concedo facultatem, vt poſsit teſtari, & diſponere de meis bonis tam præſentibus, quàm futuris in eum vſum, & in fauorem earum perſonarum, de quibus in noſtro communi teſtamento fiet mentio, exceptis tantùm centum aureis, quos mihi reſeruo, vt de illis teſtari poſsim. Deinde vxor ſimiliter dicat; Si contingat meum maritũ priùs decedere, ei pro tali caſu, &c. Facta enim hac mutua conceſſione, optimè ſtare poteſt, quòd vnuſquiſque legitimè teſtetur de omnibus bonis alterius, pro euentu quo alter ſuperuiuat, exceptis tantùm illis centum aureis, quos alter in eundem euentum ſibi ad teſtandum reſeruauit. Nulla enim in hoc apparet repugnantia, vt ex ſequenti exemplo facilè intelligetur.

Nam ſi ponamus, maritum ita dicere 91 in teſtamento. Si Berta vxor mea, mihi ſuperuixerit, volo eam mihi hæredem eſſe; & quia pro eodem caſu, quo illa ſuperuiuat, facultatem ab illa habeo teſtandi ſimul de omnibus ejus bonis, exceptis centum aureis, quos ſibi reſeruauit; volo, & mando, vt poſt ejus mortem tam bona, quę illi relinquo, quàm quæ illa nunc habet, & quæ tempore mortis ejus apud eum reperientur, exceptis dictis centum aureis, deueniant ad Titium conſobrinum noſtrum, cum vinculo maioratûs, vt in noſtra familia perpetuò conſeruentur, &c. Si autem (quod Deus auertat) dicta mea vxor priùs deceſſerit, in tali euentu facio meum hæredem dictum Titium: declaro autem me pro eo euentu conceſsiſſe dictæ vxori meæ facultatem teſtandi de omnibus meis bonis, tam præſentibus, quàm futuris, exceptis tantùm centum aureis: & ita dictus meus hæres, ſolùm ex meo teſtamenro habebit illos centum aureos, eoſque illi relinquo cum onere, & vinculo ſupra dicti maioratûs, &c. Si ponamus, inquam, maritum ita teſtari, nulla in tali teſtamento eſt conditio, aut clauſula, quæ non ſit legitima, aut compatibilis cum ſimili teſtamento vxoris: quo videlicet illa ſimiliter dicat; ſi Seius maritus meus mihi ſuperuixerit: volo eum mihi hæredem eſſe: & quia pro eodem caſu, quo ille ſuperuiuat, &c. vt facilè vtrumque teſtamentum vnum cum altero conferenti conſtabit.

Ergo non repugnat etiam, quod vir, & 92 vxor ſimul teſtentur, dicendo promiſcuè, quòd volunt vt qui ex eis ſuperuixerit ſit hæres prædefuncti; & quia inter ſe cõſtitu-

tituerunt, vt qui priùs moreretur poſſet etiam diſponere de bonis alterius, exceptis centum aureis; vnuſquiſque eorum pro caſu, quo priùs moriatur, vult & mandat vt tam bona ſua, quàm ejus, qui ſuperuixerit poſt ipſius ſuperuiuentis mortem deueniant ad Titium cum vinculo maioratûs, vel alio modo, exceptis illis centum aureis; & pro caſu quo alteri ſuperuiuat, inſtituit hæredem dictum Titium, qui tamen ſolùm ex ejus teſtamento habere poterit dictos centum aureos, quos ſolos pro tali caſu ſibi ad teſtandum reſeruauit, vultque vt dictus Titius eos habeat cum prædicto vinculo maioratûs, &c.

93 Ex quibus, ni fallor, manet ſatis expeditum, & probatum remedium, quo ſimul de communi conſenſu teſtantes poſſint ſe mutuò tueri, & ſecuros reddere aduerſus ſuperuiuentis inconſtantiam, ne is principalem teſtamenti diſpoſitionem infringere valeat, licèt ſemper poſſit reuocare ſuum teſtamentum, & mutare diſpoſitionem quoad illam exiguam bonorum partem, quam ſibi ad teſtandum reſeruauit, & de qua ſola teſtatus eſt. Quæ omnia communiter videntur recepta, licèt non ita explicatè à DD. tradantur.

94 Nec dicas ſaltem in viro, & vxore ſimul teſtantibus, non videri dictum remedium ſecurum; quòd illa conceſsio, qua vnus alteri permittit, vt poſsit diſponere de ejus bonis, videatur eſſe quædam donatio: donationes autem inter virum, & vxorem nullius ſint momenti, antequam per mortem donantis confirmentur, *l. 3. §. Sciendum autem, ff. de Donat. inter virum & vxorem, cum ſimil.* Reſpondetur enim in primis dictam conceſsionem non eſſe donationem, cùm nihil ex bonis concedentis alteri conjugi detur. Deinde eſto, illa conceſsio haberet rationem donationis, adhuc nihilominus valere; quia quando vnus conjux alteri donat, non vt apud donatarium res donata permaneat, ſed vt is alteri donet, talis donatio valet; quia conjux recipiens non fit inde locupletior, vt eſt caſus *in l. Profectitia, §. antepen. ff. de Iure dot.* & docet cum Barthol. Tiraq. & alijs Sanch. *lib. 6. de Matrimon. diſp. 3. num. 6.* quod etiam ſumitur ex *l. Si Sponſus, fine, ff. de Donat. inter vir. & vxor.* ibi; *Vbicumque non diminuit de facultatibus ſuis, qui donauit, vel etiamſi diminuat, locupletior tamen non fit, qui accepit, donatio valet.* Accedit quod quando conjuges ſibi mutuò concedunt, vt alter de alterius bonis teſtari poſsit, modo ſupra explicato, talis mutua conceſsio eſt inſtar donationis mutuæ, vel remuneratoriæ; quæ inter conjuges valet, vt ex jure, & DD. latè probat Sanch. *d. lib. 6. de Matrimon. diſp. 6. num. 11.*

SECTIO IV.

De infirmatione teſtamenti ex alijs cauſis citra teſtatoris voluntatem.

SUMMARIUM.

Ex triplici capite poteſt infirmari teſtamentum citra voluntatem teſtatoris: & quæ illa ſint? numer. 95.

Teſtamentum rumpitur quoad inſtitutiones agnatione poſthumi filij, aut nepotis in eo præteriti. Item per querelam inofficioſi ratione injuſtæ exhæredationis eorum, qui inſtituendi erant, num. 96.

Teſtamentum infirmatur, ſi teſtator damnetur morte naturali, vel ſi ipſe ſibi mortem conſciuit, quia morte naturali, vel Ciuili, damnandus erat. Item ſi damnetur morte Ciuili, ex cujus damnatione ciuitatem, & libertatem, vel ſaltem ciuitatem amittat. Et quinam hanc damnationem ſubeant? Item ſi ſe alteri in arrogationem dedit, numer. 97.

Si prædicti morte ciuili damnati reſtituti ſint tempore mortis naturalis, conualeſcit eorum teſtamentum. Et idem eſt in teſtamento arrogati, ſi tempore mortis ſit ſui juris, & declarauerit ſe velle cum eo teſtamento decedere, numer. 98.

Teſ-

Teſtamentum ejus, qui poſtea fit vſurarius manifeſtus, irritatur; & in quo caſu conualeſcat? num. 99.

Teſtamentum redditur irritum, ſi ex eo non adeatur hæreditas. Et quomodo id procedat, quando hæres ſcriptus erat Suus? num. 100.

95 QVæ ad hanc infirmationem ſpectant, fermè omnia profligata ſunt in ſuperioribus, tum alijs in locis, tum præſertim *diſp.* 1. *ſect.* 2. vbi latè agitur de iis, qui ob aliquod crimen vel damnationem redduntur inteſtabiles: horum enim teſtamenta antea facta, ſtatim ſequuto eo crimine, vel damnatione, infirmantur, & irrita fiunt, vt ibid. notatur, & *diſp.* 2 *ſect.* 10 §. 7. vbi agimus de infirmatione Codicillorum, atque ferè omnia, quæ ad teſtamenti infirmationem pertinent, ſatis explicantur Et ideo quam breuiſsimè hoc loco rem hanc expediemus; idque vt aptè fiat, ante omnia aduerto, omnes cauſas, ex quibus teſtamenta validè confecta citra teſtatoris voluntatem infirmantur, aut rumpuntur, ad tria capita reduci: primum eſt, vitium internum ipſius teſtamenti: ſecundum, vitium externum ſuperueniens, non incurrens immediatè in ipſum teſtamentum, ſed in perſonam teſtatoris: tertium, defectus hæredis in teſtamento ſcripti.

Ex primo capite, ſcilicet ratione vitij
96 interni, rumpitur teſtamentum primò, agnatione poſthumi filij, vel nepotis in eo præteriti: qua de re latè à nobis dictum eſt *diſp. præced. ſect.* 3. §. 3. Secundò, per querelam inofficioſi, ratione injuſtæ exhæredationis, qua deſcendentes, vel aſcendentes, alijuè neceſſariò inſtituendi, abſque legitima cauſa ab hæreditate ſunt excluſi: de quo etiam *diſp. præced. tota fermè ſect.* 3. plenè dictum eſt. Ex his verò duabus cauſis, ſolùm quoad hæredis iuſtitutionem teſtamentum rumpitur: cætera enim in eo diſpoſita firma manent vt expreſsè habetur *in Auth. Ex cauſa, Cod. de Liber. præter.*

97 Ex ſecundo capite, nempe ex vitio ſuperuenienti perſonæ teſtatoris, infirmatur teſtamentum: primò, ſi teſtator damnetur morte naturali, vt ex communi ſententia tradidimus *diſp.* 1. *ſect.* 2. §. 6. *num.* 66. & habetur expreſsè *lib.* 4. *Ordinat. Luſit. tit.* 81. §. *vltim.* Quod intelligendum eſt cum limitationibus, & ampliationibus *d.* §. 6. adhibitis. Et idem eſt, ſi reus poſtulatus, aut deprehenſus in crimine morte naturali, vel ciuili plectendo mortem ſibi conſciuit, *l. Siquis filio,* 6. §. *Ejus qui, ff. de Injuſto rupto, & irrito fac. teſtam.* Secundò ſi damnetur morte ciuili, ex cujus damnatione ciuitatem, & libertatem, vel ſolam ciuitatem amittit, ſeu (quod idem eſt) ſi maximam, vel mediam capitis diminutionem patiatur, *l. Ejus qui,* §. *Si cui, ff. de Teſtament.* §. *Alio autem modo, cum ſeq. & ibi DD. Inſt. Quib. mod. teſtam. infirm.* Hanc pænam ſuſtinebant, olim damnati ad beſtias, & in metallum, qui & ciuitatem, & libertatem amittebant, fiebantque ſerui pænæ, quemadmodum damnati morte naturali: item deportati, & interdicti igne & aqua, qui ciuitatem tantùm amittebant; prout hæc omnia latè, & cum multis declarationibus tradita ſunt *diſp.* 2. *ſect.* 10. §. 7. *dubit.* 1. *& diſp.* 1. *ſect.* 2. §. 6. *ex num.* 80. vbi *num.* 85. *& ſeq.* cum aliquibus DD. aduertimus, damnatos ad triremes, & ad perpetuum carcerem æquiparari damnatis in metallum, & propterea factionem teſtamenti non habere: quod etiam de damnato ad munus carnificis perpetuò exercendum, tradit, relatis alijs Peregrin. *lib.* 3. *de Iure Fiſci, tit.* 4. *num.* 5. *& ſeqq.* Tertiò ſi ſe alteri in arrogationem dedit: is enim cùm ſtatum mutet, tranſeundo cum ſuis bonis in jus & familiam arrogatoris, capite etiã minuitur, minima ſcilicet diminutione; & ita fit inteſtabilis, vt etiam teſtamentum, quod antea feciſſet, infirmetur, *l. Cõficiuntur,* 8. §. *Si poſt factum, ff. de Iure codicil. l. penult.* §. *Teſtamento, ff. de Bonor. poſſeſs. ſecundum tab.* & traditum etiam, latèque explicatum eſt *ſup. d. diſp.* 2. *ſect.* 10. §. 7. *dub.* 1.

Nota verò, ſi prædicti, qui poſt teſta- 98
men-

mentum factum capite minuti ſunt in priſtinum ſtatum mortis tempore reſtituti ſint, conualeſcere jure Prætorio eorum teſtamentum, §. *Non tamen, Inſtit. Quib. mod. teſtam. infirm. d. l. Conficiuntur, §. Si poſt factum, & d. l. penult. §. Teſtamento*: cum hoc tamen diſcrimine, quòd vt conualeſcat teſtamentum ejus, qui poſtea ſe in arrogationem præbuit, opus eſt vt poſtquam ſui juris effectus fuerit, declaret, ſe velle cum eo teſtamento decedere: vt autem conualeſcat teſtamentum ejus, qui poſteà ciuitatem, vel etiam libertatem ex damnatione amiſit, & tempore mortis reſtitutus eſt, nulla noua voluntas, vel declaratio neceſſaria eſt, cujus diſcriminis fundamentum ex jure, & DD. tradidimus *diſp. 2. ſect.* 10. §. 7. *num.* 497.

Quartò ex eodem 2. capite infirmatur
99 teſtamentum, ſi teſtator poſtea fiat vſurarius manifeſtus, vt cum Couar. & alijs tradidimus *diſp. 1. ſect.* 2. §. 3. *numer.* 47. Vtrum verò tale teſtamentum conualeſceat, ſi teſtator poſtea reſipiſcat, ſatisfaciendo pro vſuris acceptis, vel idoneè cauendo pro illis reſtituendis? Reſpondetur affirmatiuè, cum eodem Couar. & multis alijs, quos retuli, & ſequutus ſum *loco cit. num.* 49. vbi rationem etiam reddo.

Ex tertio capite corruit, & irritum fit 100
teſtamentum, ſi ex eo non adeatur hæreditas, *l. 1. in fine, ff. de Injuſto rupto, l. Si nemo, ff. de Teſtamentar. tut. Inſtit. de Hæredit. quæ ab inteſt. defer. in princip.* Quare ſi hæres ſcriptus viuo teſtatore moriatur, vel mortuo teſtatore nolit, aut non poſsit hæreditatem ex teſtamento adire, irritum redditur teſtamentum, & hæreditas deuoluitur ad hæredes ab inteſtato. Quod etiam ſuo modo procedit, quando ſcriptus erat Suus hæres, id eſt, filius, aut nepos in poteſtate; nam licèt is, mortuo patre, ſtatim ipſo jure Suitatis exiſtat hæres, & per hoc teſtamentum confimetur, tamen ſi nolit eſſe hęres, perinde corruit teſtamentum, & ſuccedunt hæredes ab inteſtato, ac ſi ille non extitiſſet hæres, ſolo nudo & vacuo hæredis nomine penes illum manente; prout laté declaratum eſt *diſp. 2. ſect.* 10. §. 7. *dub.* 3. Et hæc ſatis pro præſenti tractatu.

LAVS DEO VIRGINIQVE MATRI, IN CVIVS SOLEMNI Viſitationis die hoc opus abſoluo, 2. Iulij, anno 1658.

APPEN-

APPENDIX
AD TRACTATVM DE TESTAMENTIS.

DISPUTATIO VNICA.

De Executione teſtamenti.

CVm executio teſtamenti, ſit quid extrinſecum, ac minimè pertinens ad ſubſtantiam, & integritatem propriamque perfectionem ipſius teſtamenti; cùm non modo perfectum, ſed & morte teſtatoris jam confirmatum illud ſupponat, hæſi aliquantulùm dubius, num de ea mihi in præſenti agendum foret? Præſertim cùm hic tractatus ſatis jam excreviſſe, & ſuâ laborare mole, videretur. Nihilominus tamen cùm teſtamenti executio ſit quodammodo illius effectus, & in ipſo teſtamento ſoleant à teſtatore nominati, & creari executores illius, non abs re me facturum exiſtimaui, ſi de illa etiam hìc agerem, & præſentem diſputationem, quaſi appendicem tractationi de teſtamentis annecterem. In primis ergo agemus de ijs, ad quos executio teſtamenti ſpectat; & quinam ad id muneris eligi poſſunt? Deinde de poteſtate, quam tales executores habent, ad diſpenſanda bona teſtatoris, ejuſque voluntatem implendam. Et tandem de obligationibus, & oneribus, quæ illis ratione tali muneri incumbunt.

SECTIO I.

Quinam de jure ſint, aut poſsint eſſe executores teſtamenti?

SUMMARIUM.

QVinam, vniuerſim loquendo, executores teſtamentorum dicantur: & quotuplices ſint? num. 1. & 2.

Executores teſtamentarij à teſtatore nominati, quidam ſunt vniuerſales, quidam particulares; & quæ inter eos ſit differentia? num. 2.

Executores teſtamentarij poſſunt eſſe, quicumque ad id munus naturale impedimentum non habent, nec per legem, aut ſtatutum reperiuntur prohibiti; numer. 3.

Fœminæ poſſunt eſſe executrices teſtamenti; num. 4.

Quando teſtator diceret, ſe relinquere ſuis fratribus executionem teſtamenti, an nomine fratrum comprehendantur etiam ejus ſorores? ibidem.

Mulier tranſiens ad ſecundas nuptias non amittit eâ de cauſa munus executr[illegible] ſibi à conjuge relictum; num. 5.

Clerici ſæculares etiam Card[illegible], & Epiſcopi, poſſunt eſſe execu[illegible] teſtamentorum, etiam ad [illegible] nō. pias; numer. 6.

Nu-

Spurius poteſt eſſe executor teſtamenti paterni: & quomodo id ſit intelligendum? num. 7.

Neque impuberes, neque ſurdus, aut mutus, neque prodigus, cui datus eſt tutor, poteſt aſſumi ad munus executoris teſtamentarij, num. 8.

1 Executores teſtamentorum vniuerſim loquendo dicuntur, qui tenentur adimplere voluntatem defuncti. Ex ijs autem quidam ſunt conſtituti per legem: quidam verò per ipſum teſtatorem: conſtituti per legem ſunt judices laici, vel Eccleſiaſtici, quibus à jure commiſſum eſt, vt deficientibus, vel negligentibus executoribus à teſtatore datis, defuncti voluntatem executioni mandent. Conſtituti per teſtatorem ſunt, quos teſtator expreſsè nominauit, vt diſpoſita in ſuo teſtamento exequerentur, & impleri curarent. Interdum autem ipſimet hæredes, vel aliquis, aut aliqui eorum, à teſtatore nominantur, vt id munus ſubeant: interdum verò vnà cum ipſis hæredibus nominatur aliquis extraneus, qui ſimul cum illis diſpoſita in teſtamento exequatur. Interdum etiam ſolummodo vnus, vel plures extranei ad id muneris nominantur; ſoletque illis aliquid à teſtatore relinqui in præmium laboris in eo munere ſubeundi; licèt aliquando nullum præmium eis proponatur.

2 Ex præfatis verò executoribus à teſtatore nominatis (qui propriè executores teſtamentarij appellantur) quidam ſunt vniuerſales: quidam particulares. Vniuerſales dicuntur, qui à teſtatore ſunt nominati ad executionem teſtamenti, in quo nullus hæres in particulari, præter animam ipſius defuncti, inſtitutus eſt. Vt quando aliquis teſtatur ad pias cauſas, & vel propriam animam, vel pauperes, aut captiuos, ſimileſue perſonas miſerabiles, nullâ in particulari deſignatâ, hæredes inſtituit, nominatque aliquem, vel aliquos qui tale teſtamentum exequantur: hi dicuntur executores vniuerſales; quòd ad eos pertineat non ſolùm legata, & relicta particularia, ſiqua in eo teſtamento ſint ſcripta, ſed etiam ipſam hæreditatem, ac vniuerſam defuncti ſubſtantiam juxta ejus voluntatem & inſtitutionem diſpenſare. Particulares dicuntur, qui nominati ſunt ad exequendum teſtamentum, in quo aliquis, vel aliqui hæredes in particulari ſunt inſtituti, qui defuncti voluntatem implere poſſunt. Quòd tunc ipſi hæredes propria authoritate poſsint capere vniuerſam hæreditatem defuncti, & ad executores nominatos ſolùm ſpectet vrgere executionem aliorum relictorum, quibus hæredes ſunt grauati.

Qui autem poſsint, aut non poſsint, eſſe executores teſtamentarij, ſiue vniuerſales, ſiue particulares? Quæſtio eſt ſatis grauis, & vna ex præcipuis hujus materiæ: in qua illud ante omnia generaliter ſtatuendum: executores teſtamentarios eſſe poſſe, quicumque ad id munus naturale impedimentum non habent, nec per legem, aut ſtatutum reperiuntur prohibiti: ita Capra, quem refert, & ſequitur Simon de Prætis *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer.* 28. idemque cæteri omnes ſupponunt: & conſtat facilè, quia munus hujuſmodi executorum non eſt officium publicum, vt notat Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap. 1. dubit. 42. numer.* 1. ſed priuatum, & ad nudum miniſterium facti, quod per quemlibet expediri poteſt, qui naturaliter, vel per legem impeditus non ſit. 3

Unde infertur primò, fœminas poſſe eſſe executrices teſtamenti, vt contra Gloſ. *in l. Tutela, verb. Ad liberos, ff. de Tutel.* tenet Gloſ. *in cap. 2. de Teſtament. in 6.* vbi Franc. *§. 1. numer. 6.* & cæteri communiter, Simon de Præt. *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer.* 26. Couar. *in cap. Tua, de Teſtament. numer.* 3. Molina *tom. 1. diſput.* 247. *numer.* 14. & alij quos citant, & ſequuntur Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dubit. 40. numer.* 5. Fragoſ. *part. 3. lib. 5. diſputation. 8. §. 16. ſub numer.* 485. & An- 4

Antonin. Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſolut.* 4. Quia nullibi in jure fæminæ prohibentur hoc munus exercere. Et præterea, quia id planè colligitur ex *l. A filio, in princ. ff. de Alimentis,* vt ibi notauit Barthol. qui cum textum ita ſummauit: *Mulier poteſt eſſe executrix in teſtamento.* Vnde Philip. Decius *conſil.* 91 *num.* 1. abſolutè dicit non eſſe dubium, quòd mulier officium executoris ſuſcipere poteſt Notat autem Couar. & Molina *vbi ſup.* & cum alijs Sanch. *d. dub.* 40. *num.* 7. quando teſtator habens ſimul fratres, & ſorores diceret, *Se relinquere ſuis fratribus executionem teſtamenti*, non cenſeri eam executionem ſororibus delegatam, ob imperfectũ fæminarum conſilium. Si autem teſtator ſolùm haberet vnum fratrem, tunc nomine, *Fratrũ*, in plurali etiam ſorores comprehenderentur, vt bene aduertit Molina *loc. citat.* & poſt eam Cardinalis Lugo *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 24. *numer.* 324. Cæterùm Carpius apud Dianam *dict. tract.* 5. *reſolut.* 5. tenet, & latè contendit probare, quod abſolutè nomine, *fratrum executorum*, etiam ſorores comprehenduntur. Quę ſententia non videtur improbabilis.

5 Infertur ſecundò, mulierem tranſeuntem ad ſecundas nuptias non amittere hac de cauſa munus executricis ſibi à priore conjuge relictum, licèt amittat tutelam filiorum, vt cum Barthol. Couar. & multis alijs docent Mol. *vbi ſup.* & Sanch. *lib.* 4 *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 40. *num.* 6. Quia licèt jus talem mulierem priuet tutelâ filiorum, nullibi tamen eam priuat munere executricis: & cùm illud jus ſit pænale, non debet ad diuerſum caſum extendi.

6 Infertur tertio, non ſolùm laicos, ſed etiam clericos ſæculares poſſe eſſe executores teſtamentarios. Quia nullo jure id prohibetur, imò eſt conforme ipſi juri Canonico, ut patet ex *cap. Tua, de Teſtam. cum ibi notatis.* Licèt enim clerici curam rerum ſæcularium ſuſcipere non debeant, *cap. Te quidem,* 11 *q.* 1. id tamen fallit in executione teſtamentorum, etiam ad cauſas non pias, vt notatur *in c.* 2. *de Teſtam. in* 6. Et ita docent Couar. *in d. cap. Tua, num.* 1. Sylueſt. *verb. Teſtamentum,* 2. *q.* 1. Angel. *verb. Executor, num.* 2. Molin. *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 247. *num.* 8. & alij, quos refert, & ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 40. *num.* 1. vbi aſſerit, ſic tenere omnes, ipſoque vſu approbari. Idem contra nonnullos aſſerentes, ſolùm ad pias cauſas id clericis permitti, tenet diçens eorum ſententiam eſſe prorſus refellendam, Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 7. vbi nominatim ſtatuit, etiam Cardinales, Archiepiſcopos, & Epiſcopos, teſtamentarios executores eſſe poſſe, etiam ad cauſas profanas. Quia executio teſtamenti, etiàm ad cauſas non pias, eſt officium pietatis, *§. Si verò expreſsim deſignauerit, Auth. de Hæredib. & Falcid.* ibi; *Iuſtè, & piè,* & ibid. *Piè agendo. collat.* 1.

7 Infertur quartò, ſpurium poſſe eſſe executorem teſtamenti paterni, vt cum Baldo notat Simon de Prętis *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *numer.* 27. Qui tamen rectè limitat, dummodo ſit merus executor, & nullum commodum contra jura poſsit ſentire ex teſtamento, abſitque fraudis ſuſpicio. Id verò non tollit, quominus pater ei poſsit relinquere præmium ſeu ſalarium labori executionis proportionatum: quia ſpurius non eſt incapax accipiendi à patre conuenientem remunerationem ſeruitij, aut laboris in gratiam ipſius patris ſuſcepti, vt latè probatum, & declaratum eſt *diſputat.* 5. *ſect.* 1. *§.* 4. *numer.* 78. *& ſeqq.*

8 Infertur quintò, impuberes non poſſe eſſe executores teſtamenti, vt contra nonnullos tenent Syluest. *verb. Teſtamentum,* 2. *quæſt.* 1. Angel. *verb. Executor, numer.* 2. & alij quos refert & ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dubit.* 40. *numer.* 8. quia ob judicij imbecillitatem non ſunt apti ad hujuſmodi miniſterium, quod maturum judicium requirit. Et ſimiliter nec ſurdum, nec mutum, nec prodigum, cui datus eſt tutor, poſſe ad dictum munus aſſumi. Quia laborant naturali impedimento, & inhabilitate ad illud obeundum. Et ita

cum

cum Syluest. & Angelo *loc. citat.* docet Sanch. *vbi ſupr. numer.* 12.

Quædam aliæ ſunt perſonæ, de quibus non ita liquidò conſtat, an poſſint, vel non poſſint eſſe teſtamenti executores. Et ideo de illis aliquanto fuſiùs ſub peculiaribus titulis in ſeqq. §§. agendum.

§. 1. *Vtrum excommunicatus poſſit eſſe executor teſtamenti?*

SVMMARIVM.

EXcommunicatus validè, ac licitè poteſt à teſtatore eligi ad munus executoris teſtamentarij: & validè etiam ac licitè illud poteſt acceptare, atque extrajudicialiter exercere; num. 9. *cum ſeqq.*

Electio excommunicati ad officia ſæcularia habentia juriſdictionem annexam in jure reprobatur; non eſt tamen irrita, ſed irritanda; num. 10.

Teſtator eligendo excommunicatum in executorem ſui teſtamenti, non cenſetur communicare cum illo, ſaltem illicitè; num. 11.

Excommunicatus non repellitur ab actibus extrajudicialibus, ſed tantùm à judicialibus; num. 12.

Si executor teſtamenti ſit excommunicatus vitandus, non poteſt agere in judicio pro vrgenda executione, ſtatimque repellendus eſt à judice. Et quid ſi ſit toleratus? num. 13.

9 AFfirmat abſolutè Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 40. *dum.* 11. cum Spino, quem refert. Et probat, quia excommunicatus, licèt non poſſit eſſe in judicio: at poteſt extrajudicialia tractare; & ſic extrajudicialiter munus executoris teſtamentarij obire, cùm pleraque ad hoc munus ſpectantia extra judicium peragantur. Et ita etiam docet Fragoſ. *p.* 3. *lib.* 5. *diſp* 8. *§.* 16. *ſub num.* 484. *verſ. Quid de excommunicato.* Diana verò *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 2. ſequutus Carpium, quem citat, multa circa hoc dicit, & inuoluit contra Sanchez: tandem verò admittit, quòd ſi executor excommunicatus de facto teſtatoris voluntatem adimpleuerit, valida erit executio; dummodo exceptio excommunicationis aduerſus eum objecta, & probata non fuerit, & ille expulſus.

10 Cæterùm vt planiùs, ac pleniùs intelligas, quid hac in re tenendum ſit. Statuendum in primis eſt, validè, ac licitè poſſe excommunicatum, etiam vitandum, eligi à teſtatore in executorem teſtamenti. Quod poſſit validè, conſtat facilè, quia nullibi in jure irritatur electio ad tale munus. Licèt enim electio excommunicati ad officia, & dignitates ſæculares, quæ annexam habent juriſdictionem, in jure reprobetur, vt colligitur ex *cap. Venerabilem, §. Sunt enim, de Electione,* vbi Pontifex reprobat electionem cujuſdam in Ducem, eoquod eſſet publicè excommunicatus. Nuſquam tamen in jure reprobatur electio excommunicati ad officia priuata nullam habentia juriſdictionem annexam, quale eſt officium executoris teſtamenti. Quin etiam credunt grauiſſimi DD. vt Soar. *tom.* 5. *in* 3. *p. diſp.* 16. *ſect.* 2. Ægyd. *de Sacram. diſp.* 14. *dub.* 11. *numer.* 106. & Filliuc. *tract.* 12. *cap.* 7. *numer.* 173. etiam electionem ad officia habentia juriſdictionem annexam, ſi ſæcularia ſint, non eſſe ipſo jure irritam, ſed ſolùm irritandam; neque aliud probari per *dict. cap. Venerabilem,* licèt alij contrariè opinentur? Vnde à fortiori non debet cenſeri irrita electio de qua loquimur, cùm ſit ad officium merè priuatum, ac nullius juriſdictionis.

11 Deinde quòd etiam poſſit eligi licitè, probatur, quia ea electio non eſt prohibita per excommunicationem, quatenus per hanc prohibetur communicatio cum ipſo excommunicato. Quia teſtator nominando in ſuo teſtamento executorem, non communicat cum illo, cùm ſit abſens, nec ad illum ſcribat: qua ratione nominãs hæredem, vel legatariũ excõmunicatũ nõ cẽſetur cõmunicare cũ illo. Adde, quod licèt admittamus ibi interuenire ali-

aliquam ciuilem communicationem, ea non eſſet prohibita; ſiquidem eſſet teſtatori neceſſaria, aut ſaltem valde vtilis, cùm magni illius interſit fidelem executorem relinquere: per excommunicationem autem non prohibetur ciuilis communicatio, quando eſt neceſſaria, aut vtilis, vt habetur in illo celebri verſiculo, *Vtile lex humile, &c.* Neque etiam eſt prohibita illa electio, per aliquam legem, qua illa ſpecialiter vetetur, aut reprobetur, quia nullibi talis lex apparet: ergo nullo modo eſt prohibita; atque adeo licitè fieri poteſt. Unde etiam licitè ab ipſo excommunicato acceptari poteſt; neque venit irritanda per judicem.

12 Statuendum deinde, executorem excommunicatum validè, ac licitè poſſe exequi voluntatem defuncti expediendo, ac gerendo extrajudicialiter omnia negotia, ad quæ ratione talis muneris tenetur: neque à talibus actibus repelli poteſt. Prior pars, quòd ſcilicet poſsit exequi validè, conſtat facilè, quia illa executio cùm ſit extrajudicialis, non impenditur per excommunicationem: neque enim excommunicatus ab actibus extrajudicialibus repellitur, ſed tantùm à judicialibus, vt probat text. *in cap. Solet, verſ. fin. de Sent. excommun. in 6. & in cap. Si verè, eod. tit.* Alia pars, quòd etiam poſſit licitè, probatur; tum quia executio teſtamenti eſt opus pietatis, vt ex jure traditum eſt *ſup. num. 6. fine*: per excommunicationem autem non prohibentur opera pietatis: alioqui prohiberetur excommunicatus dare eleemoſynam, inſeruire infirmis, &c. quod nemo admittet. Tum etiam, quia executor teſtamenti tenetur in conſcientia implere voluntatem defuncti, quamprimum poterit; ita vt abſque juſta cauſa non poſsit licitè eam executionem differre, vt docent omnes, & *infra ſect.* 3. oſtendetur: excommunicatio autem non tollit quominus excommunicatus poſsit, ac debeat ſuis obligationibus ſatisfacere: præſertim quando reſpiciunt alterum, cui aliquid ab eo ſoluendum, aut expendendum debetur, vt in præſenti materia contingit: cùm executio teſtamenti tota conſiſtat in ſoluendis legatis, & ſimilibus actibus à teſtatore injunctis: alioqui commodum aliquod reportaret excommunicatus ex ſua iniquitate; quod eſt abſurdum.

Statuendum tertiò, & vltimo. Si executor teſtamenti ſit excommunicatus vitandus, qualis hodie eſt ſolus denunciatus, vel notorius clerici percuſſor, non poſſe agere in judicio pro vrgenda executione teſtamenti, ſtatimque debere repelli à judice, vt ſumitur ex *cap. Ad probandum, de Sentent. & re judic.* vbi ſtatuitur; quòd judex teneatur repellere excommunicatos ab agendo, patrocinando, & teſtificando. Quod poſt Concilium Conſtantienſe ſolùm habet locum in excommunicatis denunciatis, vel notorijs clerici percuſſoribus, vt docent omnes. Si autem ſit toleratus, ideſt, non denunciatus, nec notorius percuſſor clerici; tunc quidem poteſt judex illum repellere, non tamen tenetur, niſi pars contra illum excipiat, vt poteſt: quandiu verò non repellitur nec contra illum excipitur, omnia ejus acta ſunt valida; prout hæc omnia conſtant ex *cap. Pia, de Exception. in 6.* vbi in generali de actore excommunicato id traditur, latiùſque ibi declarant Gloſ. & DD. Nec ſolùm validè, ſed etiam licitè aget dum non repellitur: ſiquidem id facit ad vtilitatem, & inſtantiam alterius, ſaltem ipſius teſtatoris: excommunicatus autem toleratus omnes actus, à quibus ſpecialiter non repellitur, licitè exercere poteſt ad inſtantiam alicujus, vt eſt notiſsimum. 13

§. 2. *Vtrum ſeruus teſtamenti executor eſſe poſsit?*

PRo affirmatiua parte ſtat abſolutè Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub* 40. *numer.* 13. vbi pro eadem refert Spinum *in Specul. teſtament. Gloſ.* 28. *numer.* 33. *& ſeq.* & quoſdam alios apud Syl-

Syluestr. *verb. Teſtamentum*, 2. *q.* 1. *dicto* 5. Quam etiam tenet Cardin. Lugo *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 16. *numer.* 314. & Iacob à Canibus *de Execut. vlt. volunt. p.* 1. *num.* 47. Ducuntur, quia executio teſtamenti eſt quid facti conſiſtens in nudo miniſterio: quæ autem ſunt hujuſmodi per ſeruum impleri poſſunt. Et prętereà, quia opera pietatis, quale eſt hoc, in ſeruum etiam cadunt; Negatiuam tamen partem ſequuntur abſolutè Syluester *vbi ſup.* Bald. Anchar. & Ioan. de Imola relati à Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſolut.* 3. Qui neutram prædictam ſententiam abſolutè approbat, ſed mediam quandam aſſerentem, ſeruum poſſe quidem eſſe executorem teſtamenti, quoad ea quæ ſunt nudi miniſterij & facti: ſecus verò quoad ea, quæ ad arbitrium, judicium, & jus pertinent; cùm ſerui quoad ea, quæ ſunt juris Ciuilis, pro nullis habeantur, *l. Quod attinet*, 33. *ff. de Regul. jur.* Quæ quidem ſententia vera eſt, & illam rectè docet Carpius *de Execut. teſtament. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 29.

15 Non propterea tamen improbanda, ſed ſimpliciter aſſerenda eſt prima ſententia abſolutè affirmans, poſſe ſeruum eſſe executorem teſtamenti: quia ad veritatem affirmationis ſimpliciter prolatæ ſatis eſt, quòd in aliquo verificetur; maximè ſi verificetur in eo quod eſt principale, & ordinariè contingens, vt in præſenti: cum regulariter defunctorum voluntates per nudum miniſterium facti implicantur. Quod ſecus eſt in negatione, ad cujus veritatem requiritur vt nulla ex parte contrarium ſubſiſtat: eſt enim malignantis naturæ tollens quidquid poſt ſe inuenit, vt Philoſophi loquuntur.

(:?:)

§. 3. *Vtrum Minor* 25. *annis poſſit eſſe executor teſtamenti?*

RESpondetur Minorem 25. annis teſtamenti executorem eſſe poſſe, dūmodò 17. ætatis annum excedat. Ita Couar. *in cap. Tua nos, de Teſtam. num.* 4. Sylu. *verb. Teſtamentum*, 2. *q.* 1. *dicto* 2. Gloſ. communiter recepta *in cap.* 2. *de Teſtament. in* 6. *verb. Religioſus*, & ibi Francus §. 1. *num.* 6. Grĕgor. Lop. *in l.* 2. *tit.* 10. *part.* 6. *verb. Frailes*, Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 247. *fine*, Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 40 *num.* 9. Cardin. Lugo *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 16. *numer.* 324. Vading. *de Contractib. diſp.* 4. *dub.* 13. §. 1. *num.* 1. & cæteri communiter, argum. text. *in cap. Qui generaliter*, §. *vltim. de Procurat. in* 6. vbi habetur, Minorem, qui 17. ætatis annum expleuit, poſſe eſſe procuratorem ad negotia, licèt ad procurandum in judicio ætas 25. annorum neceſſaria ſit. Vnde cum præfati DD. dicunt, poſſe Minorem poſt 17. ætatis annum eſſe executorem teſtamenti, intelligendi ſunt quoad negotia, non vérò quoad judicia. Et ita expreſsè docet Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 6.

§. 4. *Vtrum Religioſi poſsint eſſe executores teſtamentorum?*

SUMMARIUM.

OMnes Religioſi, exceptis Franciſcanis de Obſeruantia, poſſunt, ſpectato jure communi, eſſe executores teſtamentorum a[illegible] licentia Superiorum ſiue Regionis: ſecùs verò abſque tali licentia; num. 17. *quod late per tot. §. declaratur.*

Dicta licentia tam ad executionem teſtamenti, quam codicilli, & cujuſcumque alterius vltimæ voluntatis, Religioſis neceſſaria eſt; num. 18.

Vtrum ſufficiat licentia tacita? num. 19.

Vtrum dicta licentia etiam ad [illegible] actu ſit neceſſaria, vel ſolum [illegible] tè fiat? num. 20. *&* 21.

Verbum Non poteſt,*non ſemper importat carentiam potentiæ ſimpliciter, & quando illam importet? num.* 22.

Quomodo intelligatur, quòd Religioſus non habet velle, *neque* nolle? *ibid.*

Si aduerſus Religioſum in judicio excipiatur, quòd non habet licentiam à ſuo Superiore ad acceptandum, vel exequendum munus executoris, geſta poſt talem exceptionem non valent; num. 33.

Si Superior Religioſo acceptanti, vel exequenti munus executoris reſiſtat, irritando ejus voluntatem; erit nulla talis acceptatio, vel executio; ibid.

Vtrum ſola licentia præſumpta, & ratihabitio Superioris de futuro ſufficiat, vt Religioſus legitimè poſsit obire munus executoris? num. 24.

Religioſus exemptus ab obedientia ſuæ Religionis, non indiget licentiá Superioris vt poſsit acceptare & obire munus executoris, Et idem eſt de eo, qui in ſua Religione eſt Prælatus, ſiue mediatus. ſiue immediatus, niſi aliud per ſtatutum ipſius Religionis, vel præceptum alterius maioris Superioris cautum ſit; num. 25.

Omnes Religioſi, Franciſcanis exceptis, poßunt ſecundùm jus commune eße executores teſtamentorum, de licentia Superioris, etiam ad cauſas profanas; num. 26. *& ſeq.*

Quilibet Superior Religionis, etiam immediatus, poteſt dare licentiam Religioſo ſibi ſubdito, vt munus executoris teſtamentarij ſuſcipere poſsit: niſi aliud in ipſa Religione cautum ſit; num. 28. *Quid circa hoc habeatur in Religione Societatis Ieſv? num.* 29. *& ſeq.*

Licentia Religioſo per Superiorem conceſſa, vt munus executoris obire poſsit, poteſt ad libitum reuocari per ipſum Superiorem, dum res eſt integra: Et quid ſi res jam non ſit integra? num. 31. *&* 32

R[illegible] *Franciſcani de Obſeruantia ne*[illegible] *li*[illegible]*ntia ſ*[illegible]*oru*[illegible] *Superiorum poſſunt* [illegible] *e*[illegible]*tores teſtamentorum; num.* 33 *Id* [illegible] *intel*[illegible]*itur. niſi ſint e*[illegible] [illegible] *Ordinis, & ſi ſi*[illegible]*ant Epiſcopi; num.* 34 *Quid ſi bonorum diſtributio facienda ſit inter ipſos Fratres, vel moniales Sanctæ Claræ illis ſubjecta? num.* 35.

Vtrum ſi de facto hoc munus exerceant, valida ſit executio? num. 36.

Non prohibentur dicti Franciſcani dare conſilium in ijs, quæ ad executionem teſtamentorum ſpectant; numer. 37. *Vtrum hoc procedat, licèt perſona tale conſilium petens eorum Ordinem ingreſſura ſit? num.*38. *Ad tale conſilium dandum non indigent licentiâ Superioris; num.* 39.

Executor teſtamentarius juſſus à teſtatore, vt teſtamentum exequatur cum conſilio Fratrum Minorum, ſi omittat illud petere, irrita erit talis executio, licèt non teneatur illud ſequi; num. 40. *Si teſtator juſſerit, vt executor petat, & ſequatur illorum conſilium, an in tali caſu poſsint conſilium dare? num.* 41. *& ſeq.*

Vtrum fratribus Minoribus committi poſsit à teſtatore electio pauperum, inter quos jubet aliqua bona diſtribui per ſuos executores? num. 43. *Vtrum dicti Fratres indigeant licentiâ Superioris ad talem electionem faciendam? num.* 44.

Vtrum Fratres Minores poſsint eligere executores ex commiſsione teſtatoris? num. 45.

Vt nominatio executoris fiat validè ex commiſsione teſtatoris, opus eſt vt teſtator commiſerit nominare incertum de certis; num. 46. *Id verò non placet ibid.*

GEneralis reſolutio hac in re eſt, R[illegible]- 17
ligioſos omnes, exceptis Franciſcanis de Obſeruantia, poſſe ſpe[illegible]to [illegible]ommuni jure, eſſe executore[illegible] [illegible]mentor[illegible]m [illegible]e licentia Super[illegible] Religionis: ſecus vero a[illegible]q[illegible] [illegible]tia. Eſt [illegible]tio communi[illegible] [illegible], cu[illegible]s o[illegible]nes parte[illegible] ſi[illegible]gil[illegible] [illegible] [illegible], & explicabimus

In primis ergo, qu[illegible] [illegible]

licentia ſuorum Superiorum, nequeant eſſe executores teſtamentorum, conſtat per text. expreſſum *in cap. 2. de Teſtament. in 6.* ibi; *Religioſus executor ab aliquo in ſua vltima voluntate deputatus, non poteſt, cum* velle, *&* nolle *non habeat, hujuſmodi officium ſuſcipere, vel exequi, niſi a Superiore ſuo petitâ ſuper hoc licentiâ, & obtentâ.* Quod etiam expreſsè habetur *in Clem. vnica, de Teſtament.* Vbi ante omnia notanda ſunt illa verba, *ſuſcipere, vel exequi*: quibus planè indicatur non ſolùm interdici Religioſo acceptare illud munus abſque licentia Superioris, ſed etiam illud exequi, ſi fortè abſque dicta licentia ab eo fuit acceptatum, vt optimè aduertit Sanch *tom. 2. in Decal. lib 6. cap. 11. num. 2.* Qui etiam rectè notat tam ad executionem teſtamenti, quàm codicilli, & cujuſcumque alterius vltimæ voluntatis eam licentiam requiri: cùm vterque textus indiſtinctè de vltima voluntate loquatur.

19 Notanda etiam ſunt verba illa prædicti textus, *Petitâ ſuper hoc licentiâ, & obtentâ.* Ex quibus multi DD. cenſent, non ſufficere licentiam tacitam, ſed requiri expreſſam, ad hoc vt Religioſus dictum munus acceptare poſsit. Ita Gloſ. *in d. Clem. vnica, verb. Obtenta, de Teſtam* & ibi Abbas *num* 6 Cardin. *num. 9. oppoſit.* 3 & Imola *num* 7. Domin. *in d. cap. 2 in princip. num. 4. de Teſtam. in* 6. & ibi Franc. *num.* 3. & alij, quos citat & ſequitur Diana, *p.* 8. *tract. 5. reſol.* 16. Quorum fundamentum eſt, quia quando ad aliquem actum exigitur licentia alicujus, ea debet eſſe expreſſa, vt tradunt multi DD. apud Sanch. ſtatim citandum, & cum pluribus alijs Tiraquel. *ad l. Connubial.* 16. *Gloſ. 7. num.* 8. Nihilominus tamen ſufficere licentiam tacitam, vt quando Superior potens contradicere videt, & tacet, tenet meritò Sylu. *verb. Teſtamentum, 2. q. 2. dicto* 3. [illegible] *tom. 2. in Decal. lib. 6. cap. 11. num* [illegible] & Fagund. *lib. 6. de Contract. cap 5. num.* 4. Quia Pontifex eâ tantum de cauſa exigit dictam licentiam, quia Religioſus non habet *velle*, & *nolle* independenter à voluntate Superioris: qui autem ex tacita licentia Superioris dictum munus acceptat, illudve exequitur, jam pro ſe habet Superioris voluntatem; & juxta illam ſufficiens velle, ac nolle, vt illud munus obire poſſit. Neque fundamentum Aduerſariorum ſubſiſtit: falſum eſt enim, quoties exigitur licentia ad aliquem actum, eam debere eſſe expreſſam, vt latè cum alijs probat Sanch. *vbi ſupra, & lib 3. de Matrimon. diſp. 35. num. 17. & 20.* Vtrum verò ſufficiat licentia præſumpta, & ratihabitio de futuro, vt quando non poteſt adiri Superior, & probabiliter creditur, quod ſi adeſſet, eam licentiam concederet? Pendet ex reſolutione ſequentis dubij, & poſt illud dicetur.

Dubium eſt, vtrum dicta Superioris licentia ita ſit neceſſaria, vt abſque illa non ſolùm illicita, ſed etiam inualida ſit acceptatio, & executio dicti muneris Religioſo relicti? Reſpondent affirmatiuè Couar *in cap. Tua nos, de Teſtam. num. 2. in fine,* Sylu. *verb. Teſtamentum, 2. q. 2. dicto* 3. Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſput.* 247. *verſ. Religioſus tamen,* Emman. Rodrig. *QQ. Regular. tom. 3. q. 70. art.* 1. Fragoſ. *p. 3. lib. 5. diſp* 8. *§. 1. ſub num.* 485. *verſ. Cæterùm* Fagund. *lib. 6. de Contract. cap. 5. num* 4. & alij non pauci, quos refert Sanch. & Diana *infra cit.* Ducuntur primo, quia *in d. cap 2 de Teſtam. in 6.* dicitur, quod abſque Superioris licentia, non poteſt Religioſus hujuſmodi officium ſuſcipere, vel exequi. Verbum autem, *Non poteſt*, importat carentiam potentiæ, & ſic tollit valorem actus, qui abſque potentia non datur. Secundo, quia Religioſus non habet velle, niſi ex conſenſu ſui Superioris, vt conſtat ex *eodem cap.* 2. ibi, *Cum velle, & nolle non habeat*: ergo ſi abſque conſenſu Superioris [illegible] acceptet, talis acceptatio cenſetur ſimpliciter inuoluntaria: & ſic [illegible]. Tertio denique, quia vt dicitur [illegible] *Non* [illegible], *Cod. de Legato* nullum [illegible], quod jure prohibente, vel reſiſtente [illegible] ſit. 20

Contrarium nihilominus, quod ſufficet illa licentia non ſit neceſſaria ad valorem

rem a ſ ús, probabilius ſuſtinent Menoch. *de Præſumpt. lib. 2. præſumpt.* 46. *num.* 14. Simon de Pręt. *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpr.* 1. *dub.* 2. *numer.* 25. *per cap. fin. de Teſtam. in* 6. Ceuall. *tom.* 1. *Communium, q.* 88. *num.* 1. *& q* 404. *fine*, Azor *p.* 1. *lib.* 12. *cap.* 11. *q.* 1. Layman. *lib.* 3. *Theolog. moral. tract.* 5. *cap.* 11. *num.* 5. Caſtrus Palaus *tom.* 3. *tract.* 16. *diſp.* 4. *puncto* 13. §. 1. *num* 8. & alij permulti, quos citat, & ſequitur Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 6. *cap.* 11. *numer.* 44. videtur magis probare Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 22. §. *vltim.* Fundamentum eſt, quia tota ratio ob quam in *d. cap.* 2. *de Teſtam in* 6. dicitur quòd abſque licentia non poteſt Religioſus dictum officium ſuſcipere, vel exequi, eſt, quia non habet velle, neque nolle, independenter à voluntate Superioris: hæc autem ratio ſolùm probat, quòd non poteſt rectè id facere, non quòd non poſſit validè. Quia quòd Religioſus careat velle, & nolle, intelligitur de licito, & firmo, non autem de valido, & reuocabili, vt patet in voto, promiſſione, & ſimilibus actibus factis à Religioſo abſque licentia Superioris, qui ex omnium fere ſententia ſunt validi, & inducunt obligationem naturalem, licèt reuocabilem per Superiorem.

22 Unde non obſtant in contrarium adducta. Ad primum enim reſpondetur, verbum, *Non poteſt*, non ſemper importare carentiam potentiæ ſimpliciter, ſed tantùm in caſu, quo poteſtas ad actum, ſolùm competit ex conceſſione legis vel Superioris cum aliqua conditione, qua deficiente, dicit talem actum fieri non poſſe, vt optimè declarat Soar. *lib.* 5. *de de Legib. cap.* 31. *num.* 14. & cum alijs etiam tradidimus *tract. de Contractibus in genere, diſp.* 3. *ſect.* 7. § *His igitur de cauſis.* Poteſtas autem obeundi munus executoris non conceditur per legem vel Superiorem, ſed a teſtatore, & ſolum intuitu [illegible] Religioſo eum acceptare vel exequi [illegible] licentia Superioris, eo [illegible] licentia non habeat velle, neque nolle [illegible] ratio non tollit quominus validè illam poteſtatem acceptare, & exequi poſsit abſque Superioris licentia, vt probatum eſt. Ex quo etiam patet reſponſio ad ſecundum, cum deficiente conſenſu Superioris, Religioſus non careat ſimpliciter velle, & nolle valido, ſed tantùm recto, & firmo. Ad tertium denique reſpondetur, quod *d. l. Non dubium*, quatenus abſolute ſtatuit, nullum eſſe, quod fit lege prohibente, vel reſiſtente, præterquam quod multas patitur explicationes, quarum vna eſt, cam ſolùm habere locum in prohibitione per leges Imperiales, in terris Imperij, vbi illæ obligant, vt declarat Soar. *lib.* 5. *de Legib. cap.* 30. minimè in præſenti caſu procedit: cum Pontifex *in d. cap.* 2. *de Teſtam. in* 6. *& in d. Clementina, de Teſtament.* non prohibeat directè ſuſcipi, & exerceri à Religioſo munus executoris, ſed ſolum declaret, id non poſſe ab eo fieri abſque licentia Superioris, eoquod tali licentia ſecluſa, non habeat velle, neque nolle: quod, vt diximus, intelligitur de velle, & nolle recto, non autem de valido.

Limitatur autem hæc ſententia primo, 23 niſi in judicio exciperetur contra Religioſum, quòd careret licentiâ Prælati ad tale munus acceptandum, vel exequendũ. Tunc enim geſta poſt talem exceptionem non valerent, vt cum Menoch. *vbi ſup.* & alijs tradit Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 46. Limitatur ſecundò, niſi Superior expreſſè contradiceret, irritando voluntatem monachi acceptantis, vel exequentis illud munus, vt bene declarat idem Sanch. *num.* 45. quia voluntas Religioſi, ita pendet à voluntate Prælati vt per eam irritari poſsit, non ſolùm poſt actum geſtum, ſed etiam antecedenter. Vt patet in votis, quæ ſunt inualida, ſi fiant à Religioſo contra voluntatem Superioris n[illegible] licentis ea valent, licet aliud ſit, quando [illegible] ſerit facta abſque conſenſu Superioris [illegible] ſolum contra eius prohibitionem abſque clauſula irritante.

Ex his deducitur, quod [illegible] ndum ſit 24 in quæſtione ſupra ta[illegible] *num.* 19 *in fine*, in licentia p[illegible] explicita ſufficiat,

ciat, ad hoc vt Religioſus legitimè poſsit dictum munus ſuſcipere, & exequi? Si enim teneamus, Superioris licentiam eſſe ſimpliciter neceſſariam ad valorem acceptationis,& executionis illius muneris, juxta ſententiam *num.* 20. traditam, dicendum conſequenter erit, non ſufficere talem licentiam præſumptam. Quia ſola præſumptio, quòd Superior licentiam daret ſi adeſſet, & quòd poſtea ratum habebit actum geſtum, non dat poteſtatem ad talem actum; cùm hæc non niſi per voluntatem reipſâ exiſtentem conferatur. Vt optimè declarat Soar. *lib.* 5. *de Legib. cap.* 23. *num.* 3. *&* 7. & tradit in ſimili Sanch. *lib.* 3. *de Matrim. diſp.* 35. *num.* 17. Stando autem in ſententia, quam ſequimur, quòd Superioris licentia non eſt neceſſaria ad valorem illius acceptationis, & executionis, ſed ſolùm vt rectè fiat, dicendum eſt, ſufficere dictam licentiam præſumptam, & ratihabitionem de futuro, vt in ſpecie tenet Sanch. *d. lib.* 6. *in Decal. cap.* 11. *num.* 11. *fine*. Quia quando voluntas Superioris ſolùm requiritur vt actus licitè fiat, ſatis eſt quod probabiliter præſumatur eum voliturum, ſi adeſſet; cùm id ſufficiat, vt talis actus non cenſeatur ſimpliciter inuoluntarius reſpectu illius. Qua ratione admittunt communiter DD. ſatis eſſe præſumptam voluntatem Superioris, vt Religioſus poſsit aliquid dare, vel accipere abſque peccato contra votum paupertatis, præſertim quando non poteſt facilè peti licentia expreſſa.

25 Illud denique notandum, aliquos eſſe caſus, in quibus Religioſus poteſt dictum munus obire abſque licentia alicujus Superioris. Vnus eſt, ſi ſit exemptus ab obedientia ſui Abbatis, vt ſi viuat extra monaſterium, præſidendo alicui beneficio perpetuo. Quia in tali Religioſo ceſſat ratio prohibitionis tradita *in d. cap.* 2. *de Teſtament. in* 6. nempe, quòd non habeat velle,& nolle. Et ita cum Gloſ. *in d. cap.* 2. *verb. Religioſus, & in d. Clem. vnica, de Teſtament. verb. Quod vtique,* multiſque alijs DD. docet Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 4. Alter caſus eſt, ſi Religioſus ſit Superior, ſiue mediatus, ſiue immediatus, ſeu conuentualis. Quia cùm talis Superior poſsit ſuis ſubditis facultatem concedere ad illud munus obeundũ, eâdem etiam vti poteſt, ex illa generali regula, quam latè probat Sanch. *lib.* 8. *de matrim. diſp.* 3. *num.* 1. Quòd Superiori integrum eſt, vti omnibus facultatibus, quas alijs concedere poteſt. Atque ita docent Iacob de Canibus *tract. de Executorib. vltimæ volunt. partic.* 1. *num.* 35. *&* 36. Molina *d. diſp.* 247. §. *Religioſus tamen*, Emman. Rodrig. *QQ. Regular. tom.* 3. *q.* 70. *num.* 1. & alij, quos citant & ſequuntur Sanch. *vbi ſup. num.* 5. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 10. Id verò intelligitur, niſi aliud in Religione talis Superioris cautum ſit, vel alterius maioris Superioris præcepto interdictum, vt bene aduertunt Molina, Rodrig. Sanch. & Diana *loc. citat.* Atque in hoc caſu, ſi Superior immediatus abſque licentia mediati, qui eam dare poſsit, dictum munus ſuſcipiat, vel exequatur, non ſolùm peccabit contra Conſtitutiones Religionis, vel contra præceptum ſibi impoſitum à Prælato, ſed etiam contra ipſum jus commune, quo Religioſis illud munus interdicitur abſque Superioris licentia: cùm reſpectu talis muneris à ſe exequendi perinde indigeat Superioris licentiâ, acſi ipſe Superior non eſſet.

Deinde quòd Religioſi omnes poſsint 26
ſecundùm jus commune eſſe executores teſtamentorum de licentia Prelatorum ſuæ Religionis, exceptis Franciſcanis de Obſeruantia, conſtat ſatis ex prędicto *c.* 2. *de Teſtament. in* 6 *& ex d. Clem. vnica, eod tit.* Siquidem in his textibus ſolùm interdicitur ne poſsint obire hoc munus abſque licentia ſui Superioris, & nulli Religioſi ibi excipiuntur; neque vllo alio jure aliqua ſit exceptio, niſi tantùm Franciſcanorum de Obſeruantia, de quibus infra. Vnde cùm hi tantùm excipiantur, planè conuincitur cæteros omnes poſſe admitti, ſi licentiam habeant ſuorum Superiorum, & ita ſentiunt DD. omnes.

Quod procedit, etiam quoad exe- 27
cuti-

cutionem teſtamenti ad cauſas proſanas, vt contra nonnullos, quos citato nomine refert Cardin. *in d. Clem. vnica, num.* 10. *q.* 2. tenent idem Cardin *ibi*, & multi alij, quos citat, & ſequitur Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 6. *cap.* 11. *num.* 8. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 9. Quia in prædictis textibus, ſolùm interdicitur Religioſis executio vltimarum voluntatum abſque licentia Superioris, & nulla adhibetur limitatio, quoad has, vel ad illas cauſas. Neque vlla eſt ratio cur facienda ſit reſtrictio ad ſolas cauſas pias. Quia etiam executio relictorum profanorum eſt ſuo modo pia, vt omnes fatentur, per text. *in Authent. de Hæredib. & Falcid. §. Si verò expreſsim*, ibi; *Iuſtè, & piè.* Vnde Religioſus illa exequens non cenſetur ſe immiſcere negotijs ſæcularibus, ſed pijs, & ſuo ſtatui conuenientibus. Et hinc etiam excludenda eſt quorundam aliorum illimitatio exiſtimantium, non permitti Religioſis executionem vllius teſtamenti etiam de licentia Superioris, niſi cedat in vtilitatem monaſterij; id enim falſum eſſe, ſatis ex proximè dictis conuincitur. Et ita hanc limitationem meritò rejicit Sanch. *vbi ſupra, num.* 9. Boniſac. quem refert.

28 Præterea, cum *in d. cap.* 2. *de Teſtam. in* 6. *& in d. Clem. vnica, eod. tit.* ſimpliciter exigatur licentia Superioris, vt Religioſus poſsit obire dictum munus, conueniunt DD. quemlibet Superiorem Religionis, etiam immediatum, ſeu conuentualem, eam licentiam dare poſſe: cùm etiam immediatus verè ſit Superior; nec res ipſa tam ardua ſit, vt alicujus maioris Superioris, vel ipſius Conuentus authoritas ad id neceſſaria cenſenda ſit. Atque ita relatis multis docet Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 15. & tradit etiam Diana *vbi ſup. reſol.* 10.

29 Id verò intelligendum eſt, niſi conſuetudine, aut ſtatuto Religionis cautum eſſet, vt ſolus Prælatus mediatus, vel non niſi abſque conſenſu Conuentûs immediatus Superior eam licentiam dare poſſet. Et ſimiliter niſi Superior mediatus eam licentiam ſibi reſeruaſſet, vt benè idem Sanch. *num.* 16. aduertit. Vnde in noſtra Societate ſolus P. Generalis hanc facultatem concedere poteſt, quia in Conſtitutionibus ejuſdem Societatis *p.* 6. *cap.* 3. *§.* 7. habetur, vt noſtri, quoad fieri poſsit, ab executione teſtamentorum, & ſimilibus negotijs ſæcularibus abſtineant. Et in declaratione hujus Conſtitutionis *lit. D.* additur, vt hoc obſeruetur quoad ejus fieri poterit: in caſu autem neceſsitatis, vel maioris momenti diſpenſare in in hoc valeat Præpoſitus Generalis, vel qui ab eo facultatem acceperit. Ex quo infert Sanch. *lib.* 6. *in Decal. cap.* 11. *numer.* 18. peccaturum mortaliter Religioſum Societatis, qui cum ſola licentia alicujus Superioris, præter Generalem, dictum munus ſuſciperet, non ob violationem dictæ Conſtitutionis, cùm Conſtitutiones Societatis ex ſe non obligent ad culpam, ſed ob violationem legis Canonicæ, qua Religioſis prohibetur, ne abſque licentia Superioris illud munus ſuſcipiant: nam ſuſcipiens illud cum ſola licentia Superioris, qui eam dare non poterat, perinde eſt acſi nullius Superioris licentiam haberet; cùm talis Superior quoad talem licentiam concedendam verè Superior non ſit. Et ita etiam ſentit Dicaſtillus *de Iuſtitia lib.* 2. *tract.* 19. *diſput.* 3. *dub.* 10. *num.* 17.

Cæterùm mihi verius videtur quod 30
tradit Cardin. Lugo *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 16. *num.* 326. talem Religioſum non peccaturum grauiter, vel quia vt idem Lugo arguit, reuerà non violat legem Canonicam; cùm habeat licentiam Superioris, cui per dictam Conſtitutionem Societatis non aufertur poteſtas dandi eam licentiam, ſed ſolùm poteſtas diſpenſandi in ipſa Conſtitutione. Vel quia, vt ego exiſtimo, illa lex Canonica non eſt propriè præceptiua inducens directè aliquam obligationem ad culpam, ſed ſolùm declaratiua, quod Religioſus, eoquod careat velle, & nolle, non poteſt abſque Superioris licentia illud munus ſuſcipere: vnde ſolùm per ſe colligitur, illum actum ſine licentia Superioris, eſſe imperfectum, & infirmum ob defectum

inte-

integræ potentiæ ex parte agentis, quemadmodum votum, promiſsio homini facta, & ſimiles actus facti à Religioſo abſque Superioris licentia, qui licèt fiant à nòn habente velle, & nolle, non proinde ſunt grauiter culpabiles, ſed imperfecti, & infirmi, & facilè à Superiore irritabiles.

31 Conueniunt etiam DD. poſtquam Superior dictam licentiam conceſsit, poſſe pro libito eam reuocare, dum res eſt integra, propter omnimodam ſubjectionem, & dependentiam, quam Religioſi in agibilibus habent à voluntate Superioris, à qua ſine authoritate alterius maioris Prælati nunquam poſſunt manere exempti; neque cum minori dependentia, quàm à principio haberent. Controuerſia verò eſt, vtrùm etiam poſtquam res non eſt integra, poſsit Superior liberè illam facultatem reuocare? Et ratio pro parte negatiua eſt; quia vbi Religioſus cum legitima Superioris licentia munus executoris acceptauit, ſtatim quæſitum fuit jus legatarijs, & alijs quorum intereſt, vt illud munus exequatur, & bona inter eos, juxta teſtatoris voluntatem diſtribuat: cùm per talem acceptationem quaſi cum illis contrahat, ſicut per aditionem hæreditatis, quaſi contrahit hæres cum legatarijs, *l. Apud Iulianum, §. fin. in fine, ff. Quibus ex cauſis in poſſeſsionem.* Vnde cùm Superior juri illis quæſito derogare non poſsit, conſequens eſt vt etiam dictam licentiam poſtquam res non eſt integra, reuocare nequeat. Et ita pro hac parte ſtant aliqui DD. inter quos Dicaſtillus *lib. 2. de Iuſt. tract. 19. diſp. 3. dub. 10. num.* 128. cenſet, non ſolùm fore illicitam eam reuocationem, ſed etiam inualidam.

32 Communis tamen, & vera ſententia eſt, talem reuocationem fore validam, at Superiorem reuocando abſque juſta cauſa peccare. Ita relatis alijs Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſp.* 247. *col. pen.* Sanch. *lib. 6. in Decal. cap.* 11. *num.* 12. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 18. Quòd ſit valida ea reuocatio, probatur facilè ex dictis; quia cùm Religioſus non habeat velle, & nolle, niſi dependenter à voluntate Superioris: ſiue res ſit integra, ſiue non, vbi Superior noluerit eum poſſe vti dictâ licentiâ, illamuè reuocauerit, continuò manet impotens ad dictum munus exercendum, perinde ac ſi nunquam licentiam habuiſſet. Quod vero Superior peccet illam reuocando abſque juſta cauſa, patet ex proximè dictis *num. preced.* cùm offendat jus quæſitum legatarijs, & alijs, quorum intereſt. Vnde notat Sanch. *loc. cit.* illud peccatum eſſe contra juſtitiam, & poſſe Superiorem cogi non reuocare.

Denique quòd Religioſi Franciſcani de Obſeruantia excipiantur, vt neque de 33
licentia Superiorum Religionis poſsint eſſe executores teſtamentorum, conſtat per text. *in Clem. Exiui, §. Proinde cum vir ſanctus, verſ. Verum etiam, de Verb. ſignif.* ibi; *Prædictis Fratribus non licet, nec competit; quin potius conſiderata ſui puritate ſtatûs debent ſcire, ſibi interdictum, quòd hujuſmodi executionibus, & diſpoſitionibus ſe exponant.* Cujus deciſionis duplex fundamentum in eodem textu aſsignatur: primum eſt, quia hi Religioſi non ſolùm à pecunia, ſed etiam à qualibet ejus contrectatione ſunt penitus alieni. Secundum, quia pro nulla re temporali poſſunt in judicio experiri. Vnde liquet eos non eſſe idoneos ad dictum munus obeundum; cùm ſæpe abſque litigio, & contrectatione, vel adminiſtratione pecuniæ obiri non poſsit. Atque ita omnes indubitanter ſentiunt, vno excepto Fuluio Paciano, *conſil.* 162. *num.* 170. vbi ait, forſan dici poſſe, quod Guardianus valet diſpenſare, vt Frater minor ſit executor teſtamenti; & præfatum textum intelligendum eſſe, juxta alia jura, quibus ſolùm vetatur, ne Religioſi ſint executores teſtamentorum abſque Superioris licentia; quæ opinio tanquam improbabilis à cæteris contemnitur.

Intelligenda verò eſt præfata reſolu- 34
tio, dum prædicti Fratres ſubjecti extiterint regulis ſui Ordinis; nam ſi alicui Eccleſiæ ſæculari præficerentur, executores eſſe poſſent, vt benè aduertit Sanch *lib. 6. in Decal. cap.* 11. *num.* 26. & de facto

to

Digitized by Google

to Epiſcopo docent Cardinal. *in Clem. vnica, num.* 5. *notab.* 7. *de Teſtam.* & ibi Boniſac. *num.* 64. Quia hi poſſunt eſſe in judicio, & pecunias contrectare,& adminiſtrare; & ita ceſſat in eis ratio prædictæ deciſionis.

35 Aliqui etiam eandem reſolutionem limitant, niſi bonorum diſtributio facienda ſit inter ipſos Fratres, vel moniales Sanctæ Claræ illis ſubjectas. Ita. Barthol. *in tract. Minoricarum, lib.* 3. *diſt.* 1. *cap.* 2. *&* 3. Emman. Rodrig. *QQ. Regular. tom.* 3. *q.* 70. *art.* 2. *ad fin.* & clariùs *art.* 3. *fine*, & alij apud Sanch. *vbi ſup. num.* 27. At contrarium tenent merito Sanch. Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 12. & Caſtr. Palaus *tom.* 3. *tract.* 16. *diſp.* 4. *puncto* 13. *§* 1. *num.* 17. Quia in hoc caſu minimè ceſſat ratio prohibitionis aſſignata *in d. Clem. Exiui*: cùm etiam in tali diſtributione, & executione ſæpe intervenire debeant litigia, & contrectatio pecuniæ his Religioſis prohibita.

36 Si tamen prædicti Fratres abſque legitima licentia dictum munus exerceant, probabiliùs videtur, eam executionem valere, vt multis relatis DD. tradit Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 44. Quia in illis etiam procedit ratio,ob quam *num.* 21.cum eod. Sanch. & multis alijs probabilius eſſe diximus, non eſſe neceſſariam licentiam Superioris, vt alij Religioſi validè ſuſcipiant, & exerceant illud munus: grauiùs tamen in hoc peccabunt dicti Fratres; cùm eis non tantùm obſtet ratio prohibitionis cæteris Religioſis communis,quòd ſcilicet nõ habeant velle, & nolle; ſed etiam ſpecialis obligatio ſui ſtatus non contrectandi pecuniam, neque litigandi pro rebus temporalibus; ob quam ſpecialiter prohibentur dictum munus obire, etiam cum licentia ſuorum Superiorum.

37 Non prohibentur autem hi Fratres dare conſilium in ijs, quæ ad executionem teſtamentariam ſpectant, vt expreſsè declaratur *in d. Clem. Exiui, §. Proinde cum vir ſanctus, in fine, de Verb. ſignif.* ibi; *Veruntamen in his exequendis dare conſilium ipſorum ſtatui non obſiſtit: cùm ex hoc ipſis circà bona temporalia nulla juriſdictio, ſiue actio in judicio, ſiue diſpenſatio tribuatur.* Vnde ſi teſtator executoribus à ſe nominatis injungat, vt in rebus exequendis, & diſtribuendis conſilium petant ab his Religioſis, illud petere tenentur, quamuis non teneantur illud ſequi, ut latè cum communi DD. tradit, & declarat Sanch. *lib.* 1. *de Matrimon. diſp.* 34. *num.* 24. *& d. cap.* 11. *num.* 28. vbi cum Barth. addit, tale conſilium dari poſſe ab his Fratribus, ſiue determinatè, ſiue indeterminatè petatur, ſiue de perſonis, ſiue de quantitate; quia textus *in d. Clem.* loquitur generaliter.

Hoc tamen præfati DD. limitant, niſi 38 perſona conſilium petens ab his Fratribus, eorum Ordinem ingreſſura eſſet. Quod colligunt ex *d. Clem. Exiui, §. Dubitauerunt*, ibi; *Dubitauerunt, & dubitant Fratrum multi, an liceat eis de rebus ingredientium quidquam recipere, ſi donetur; & ſi ad dandum perſonis,& Conuentui,eos poſſent inducere ſine culpa, & ſic etiam ad diſponendum de diſtributione talium rerum, debeant ipſi Miniſtri, vel Fratres dare conſilium? Dicimus de cætero debere tam Miniſtros,quàm Fratres cæteros à dictis inductionibus ad ſibi dandum, & ſuaſionibus, nec non à dandis circa diſtributionem conſilijs abſtinere.* Vbi notant, licèt hic textus ſolùm videatur referri ad bona propria ingredientium; attamen idem dicendum eſſe circa bona aliena,ſi eorum diſtributio illis eſſet commiſſa: quia in his etiam militat ratio, quæ in eodem textu aſſignatur; ibi; *Vt quantum eſt ex parte Fratrum ipſorum, receptia ad Ordinem ſancta, & puriſſima appareret, & ne aliquo modo oculum viderentur habere ad bona eorum temporalia, ſed ad ipſos tantùm diuino ſeruitio mancipandos.* Cæterùm hęc limitatio non videtur admittenda,ſi agatur de conſilio circa diſtributionem bonorum teſtatoris inter perſonas, vel pauperes, extra ipſum Ordinem. Quia in his ſaltem prædicta ratio non militat, vt conſideranti patebit.

Notat etiam Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 9. 39 cum Paulo Caſtr. & Azor, non requiri Su-

Superioris licentiam ad illud conſilium præſtandum. Quia nullibi cauetur, vt Fratres Minores, alijuè Religioſi illud dare nequeant abſque licentia Superioris, imò id conceditur, vt ſupra viſum eſt. Atque ita etiam docet Palaus *tom. 3. tract. 16. diſp. 4. puncto* 13. *§.* 1. *num.* 13. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſolut.* 18.

40 Notandum vlteriùs, ſi executor teſtamentarius juſſus ſit à teſtatore vt teſtamentum exequatur cum conſilio Fratrum Minorum, irritam fore talem executionem, ſi omittat conſilium ab eis petere; quamuis (vt dictum eſt) non teneatur illud ſequi. Ita Sanch. *lib. 6. in Decal. c.* 11. *num.* 36. Mattienzo *lib.* 5. *Recopil. tit.* 4. *l.* 14. *Gloſ.* 1. *num.* 61. Vuading. *de Contract. diſp.* 4. *dub.* 13. *§.* 2, *num.* 4. & Dicaſtil. *de Iuſt. lib.* 2. *tract.* 19. *diſp.* 3. *dub.* 10 *num.* 100. Eſt enim generalis regula, quoties diſpoſitio exigit conſilium alicujus peti, irritum reddi executionis actum, ſi petitio conſilij omittatur, tanquam non ſeruata forma, vt docent Gloſ. *fin. in cap. Non eſt, de Conſuetud. in* 6. Barth. *in l.* 1. *§. Si plures, num.* 12. *ff. de Exercit. actione*; & multi alij apud citat. DD. nec talis petitio cenſenda eſt inutilis, aut parui momenti ex eoquod petens non teneatur conſilium ſequi; quia poteſt dari tale conſilium, vt eo audito, conſulens mutet in melius diſpoſitionem à ſe antea decretam; quod quanti ſit momenti, nemo non videt. Aduerte autem dictam neceſſitatem petendi hujuſmodi conſilium ceſſare, ſi monachus, à quo petendum erat, ſit abſens, & detur periculum in mora; vt ex generali doctrina, quando aliquid diſponitur cum obligatione petendi conſilium, bene tradit Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 19. & conſtat ex traditis per Sanch. *lib.* 1. *de Matrim. diſp.* 34. *n.* 26. Atque idem dicendum ſi talis monachus ſit mortuus, vt idē Diana aduertit.

41 Quòd ſi teſtator non ſolùm jubeat vt executor à ſe nominatus petat conſilium à Fratre Minore, ſed etiam vt illud ſequatur, dubium eſt, an in tali caſu poſſit Minor conſilium dare? Reſpondet negatiuè Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 38. ea ratione; quia quando executor à teſtatore nominatus non poſſet exequi teſtamentum, niſi juxta conſilium monachi, ipſe monachus eſſet verè executor teſtamenti, ſcilicet per alium, qui ei parere teneretur: Fratres autem Minores non poſſunt eſſe teſtamentorum executores, vt oſtenſum eſt. Vnde infert cum alijs idem Sanch. in caſu propoſito non eſſe petendum illud conſilium, niſi ex ſola vrbanitate, ac proinde eo etiam non petito, valere executionem, non obſtante regula ſupra tradita, quòd actus non valet, omiſſa conſilij requirendi petitione; quia ea regula intelligitur quando conſulendus eſt capax dandi conſilium. Addit verò *n.* 39. cum Baldo Felino, & alijs, quando teſtator præciperet ſequi conſilium Minoris, cū clauſula irritante executionem aliter factam, euaneſcere tunc nominationem executoris teſtamenti, & perinde eſſe acſi facta nō fuiſſet: cùm non poſſit ſeruari forma executionis à teſtatore præſcripta, ob incapacitatē præſtaturi tale cōſiliū, ſeu cōſenſū.

Nihilominus tamen magis placet quod 42
docet Caſtr. Palaus *tom.* 3. *tract.* 16. *diſp.* 4. *p.* 13. *§.* 1. *n.* 14 & videtur magis probare Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol* 14. ſcilicet, dictum conſilium dari poſſe à Fratre Minore, idq; abſq; Superioris licentia, & executorem teneri illud petere, & ſequi; vt etiam docet relatis alijs Mattienzo *lib.* 5. *Recop. tit.* 4. *l.* 14. *Gloſ.* 1. *n.* 62. *fine.* Ratio eſt, quia quod executor obligetur, vel nō obligetur ſequi conſiliū, non variat ipſam rationem conſilij: nam ea obligatio tota prouenit ex diſpoſitione teſtatoris; & nullo modo pendet à monacho; qui etiamſi nollet executorem obligari ſequi ſuū cōſiliū, adhuc nihilominus obligabitur: ergo cùm ſimpliciter tali monacho permiſſum ſit dare conſiliū executoribus teſtamentarijs, non minùs poteſt illud præſtare, quādo executor obligatur illud ſequi, quàm cùm non obligatur. Confirmatur, quia quòd executor teneatur ſequi conſilium monachi, nulla ex hoc ipſi monacho tribuitur juriſdictio, ſiue actio in judicio, ſiue diſpenſatio circa temporalia bona; quæ eſt tota ratio, ob quam in d. *Clem.*

Exiui, §. *Proinde cum vir ſanctus, in fine*, declaratur, quod dare conſilium dictis executoribus ſtatui monachorum non obſiſtit, vt vidimus *num.* 37. & ſic non eſt cur id reſtringendum ſit ad caſum, quo executor non obligatur conſilium ſequi. Neque verum eſt, ſequi ex hoc, quòd jam tales monachi eſſent verè executores teſtamenti, mediante eo cui conſilium darent. Nam vt quis cenſeatur exequi per alium, opus eſt vt ille alius exequatur ex commiſsione illius: quod in præſenti non viſitur, cùm executor conſilium ſequens non exequatur ex commiſsione monachi, ſed ſolius teſtatoris, vt ex dictis conſtat.

43 Maior difficultas eſt, vtrùm Fratribus Minoribus committi poſsit à teſtatore electio pauperum, inter quos jubet diſtribui aliqua ſua bona per executores à ſe nominatos? Negant multi DD. quos refert Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 31. quia ea pauperum electio eſt quædam pars executionis teſtamenti; & ſic dictis Minoribus prohibita; cùm executores teſtamentorum eſſe non poſsint, vt oſtenſum eſt. Contrarium nihilominus probabiliùs tenent quamplures: quos idem Sanch. refert, & ſequitur *d. cap.* 11. *num.* 32. eſtque opinio Bartholi *lib.* 3. *Minoricarum, diſt.* 1. *cap.* 4. *& in l. Cum pater*, §. *Hæreditatem*, 1. *ff. de Legat.* 2. Quam nouiſsimè cum Carpio, & alijs ſequitur, & latè probat Diana, *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 13. dicens eſſe longè veriorem, & ſequendam. Fundamentum eſt, quia in ea pauperum electione ceſſant omnes rationes prohibitionis. Nulla enim in illa eſt contrectatio, vel adminiſtratio pecuniæ; nam hæc per ſolos executores diſtribuenda eſt ex mandato teſtatoris; neque vllum litigium cum ipſis electoribus eſſe poteſt, ſed ſiqua his inde ſuboriatur, tota cum ipſis executoribus peragenda eſt; nec denique aliqua indecentia, vel ſæculare negotium à religioſo ſtatu alienum ibi permiſcetur: cum talis electio ſit valde pia, atque in mero facto, eoque penè momentaneo conſiſtat, & ſic minimè à rebus ſpiritualibus Religioſum auocet.

Credit verò Sanch. *vbi ſup. n.* 34. cum 44 Emman. Rodrig. *tom.* 2. *Sum. cap.* 70. *n.* 13. ad eam electionem faciendam requiri licentiam Superioris; quia licèt non ſit totum executoris officiū, eſt tamen quædam illius pars. Vnde addit idem Sanch. quòd etiam in alijs Religioſis ea licentia eſt neceſſaria, vt pauperum electores eſſe poſsint: cùm vniuerſim nulli Regulares poſsint eſſe executores vltimarum voluntatum abſque Superioris licentia, vt ſupra vidimus. Verior tamen videtur contraria ſententia; quam tenent Lambertin. *de Iure patron. lib.* 2. *part.* 1. *q.* 2. *art.* 11. *n. vlt.* Caſtr. Palaus *tom.* 3. *tract.* 16. *q.* 4. *p.* 13. §. 1. *n.* 12. & Diana *d. reſol.* 13. *ad fin.* Quia per hanc electionem nihil monachus dat, aut diſtribuit, etiam nomine teſtatoris; id enim ſolus teſtator, & executor ab eo nominatus facit: ſed tantummodo ponit de facto conditionem requiſitam, vt certæ perſonæ pauperum jus acquirant ad bona, quæ pauperibus relicta ſunt; & vt voluntas teſtatoris, quæ non niſi in perſonis certis impleri poteſt, executioni mandetur: vnde illa electio non eſt proprié teſtamenti executio, etiam partialis, ſed tantùm quoddam requiſitum ad ipſam executionem faciendam: ergo licèt Religioſi non poſsint eſſe executores teſtamentarij abſque Superioris licentia, id non obſtat quominus dictam electionem abſque tali licentia efficere poſsint. Qua ratione, quando teſtator juberet, vt executor à ſe deſignatus nihil faceret, niſi de conſilio monachi, poteſt monachus etiam Franciſcanus illud conſilium dare abſque Superioris licentia, vt *ſup. n.* 42. probauimus; nihil obſtāte, quòd tale conſilium eſt neceſſarium, vt teſtamentum poſsit executioni mandari.

Quæri tandem hic ſolet, vtrùm dicti 45 Minores poſsint nominare, ſeu eligere executores ex commiſsione teſtatoris? Negant aliqui apud infra citandos, quòd id etiam videatur repugnare perfectioni Seraphici Ordinis ab omnibus hujuſmodi functionibus temporalium adminiſtrationem concernentibus alieni. Contrariū tamen eſt verius; quia his Religioſis, prop-

propter ſpecialem perfectionem ſui ſtatus, non interdicuntur quælibet functiones circa temporalia, ſed illæ tantùm, quę contrectationem, & adminiſtrationem pecuniæ, litigiaque afferre ſolent: cujuſmodi non eſt functio nominandi executores, vt patet. Et ita ſentiunt Couar. *in cap. Tua nos, num. 1. fine, de Teſtament.* Mattienſ. *lib. 5. Recopil. tit. 4. l. 14. Gloſ. 1. num. 3.* Rodrig. *QQ. Regular. tom. 3. q. 70. art. 2. & tom. 2. Sum. cap. 70. num. vltim.* Sanch. *lib. 6. in Decal. cap. 11. num. 41.* Dicaſtil. *lib. 2. de Iuſt. tract. 19. diſp. 3. dub. 10. num. 106.* Diana *p. 8. tract. 5. reſol. 8.* & cum Barthol. & alijs Simon de Præt. *lib. 5. de Interpr. vltim. volunt. interpr. 1. dubit. 2. num. 25.* Cæterùm cum Religioſus non habeat velle, neque nolle independenter à voluntate Superioris, addit Sanch. & Diana *loc. citat.* exigi licentiam Superioris, vt dicta nominatio fieri poſsit à Religioſo. Quod non tantùm in Franciſcanis, ſed in alijs etiam Religioſis locum habet. Contrarium tamen ſentit Palaus *tom. 3. tract. 16. diſp. 4. puncto 13. §. 1. numer. 11.* quem ſequitur Diana ſibi contrarius *d. tract. 5. reſol. 25.* ob rationem qua *numer. præced.* admittimus, non eſſe neceſſariam Superioris licentiam, vt Religioſi poſsint eligere pauperes, inter quos bona teſtatoris diſtribuantur. Sed reuerà in præſenti eſt diuerſa ratio, quia maioris authoritatis, & momenti eſt, eligere executores, quàm nominare pauperes inter quos diſtribuantur eleemoſynæ relictæ à teſtatore, neque eſt negotium tam pium, & religioſo ſtatui conneniens.

46 Addit præterea Sanch. *numer. 42.* ex Mattinezo, *vbi ſupra,* quem etiam ſequitur Dicaſtil. & Diana *loc. citat.* vt nominatio executoris fiat validè ex commiſsione teſtatoris, opus eſſe vt teſtator commiſerit nominare incertum de certis, vt v.c. vnum de tali Collegio, ita vt ſi commiſſarius neminem nominauerit, omnes poſſent exequi, proindeque non valere nominationem factam ex commiſsione generali nominandi vnum, vel plures de toto mundo, vel de toto aliquo Regno, aut ciuitate ſed tantùm ex commiſsione limitata ad certum, & competentem aliquem numerum, vel Conuentum. Ego verò ſufficiens fundamentum hujus limitationis non video: nam licèt executor debeat eſſe certus, attamen illius certitudo bene in alterius voluntatem conferri poteſt, vt cum Baldo & alijs aduertit Sanch. *num. 41.* nec vlla apparet repugnantia in eo quòd teſtator totam ſuam poteſtatem alteri committat, vt poſsit nominare vnum de toto mundo, ſicut ipſe teſtator nominare poſſet.

§. 5. *Ad quem ſpectet exequi teſtamentum, quando teſtator neminem ad id muneris nominauit, vel ſi aliquem nominauit, is eſt negligens, vel non vult munus acceptare?*

SVMMARIVM.

Quando teſtator nullum executorem nominauit, competit hæredi executio teſtamenti, etiam quoad relicta pia, num. 47. Id verò limita, niſi ſint relicta ad redemptionem captiuorum, vel ad eleemoſynas & alimenta pauperum: quo vtroque caſu executio ſpectat ad Epiſcopum, num. 48. & ſeq.

Quando hæres vel executor à teſtatore nominatus eſt negligens, tum ad Epiſcopum, tum ad judicem ſecularem ſpectat eum compellere, & efficere vt teſtamentum executioni mandetur. Eſtque hoc negotium mixti fori: & poteſt judex ſecularis etiam de relictis pijs cognoſcere, num. 50.

Vtrum data negligentia hæredum vel executorum, non ſolùm deuoluatur ad Epiſcopum executio piarum diſpoſitionum, ſed etiam profanorum? num. 50. & ſeqq.

Quinam veniant nomine, Epiſcopi, *ad prædictum effectum? num. 53.*

Ad quem pertineat executio teſtamenti, quando executores à teſtatore nominati officium non acceptarunt? num. 54.
Officium executoris non tranſit ad hæredem; num. 55.

47 PRima concluſio ſit. Quando teſtator nullum executorem nominauit, competit hæredi executio teſtamenti, etiam quoad relicta pia. Ita ſumitur ex *cap.* 3. *de Teſtam.* & tenent communiter DD. Couar. *in d. cap.* 3. *num.* 8. Panorm. *ibid. num.* 4. Sanch. alios referens *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 43. *num.* 1. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 3. *tit* 1. *num.* 23. Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 247. *poſt princip.* Simon de Prætis plures referens *lib.* 5 *de Interpret. vltim. volunt. interpr.* 1. *dub.* 2. *num.* 5. *& ſeqq.* Vuading. *tract. de Contract. diſp.* 4. *dub.* 13. *§.* 5. *num.* 3. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 41. *fine.* Ratio eſt quia eo ipſo, quòd teſtator non conſtituit alios executores, tacitè voluit, ut hæres eſſet executor; cùm de jure ad ipſum hæredem principaliter ſpectet implere voluntatem defuncti: vtpote in quem tranſeunt omnia defuncti bona, jura, & actiones, cum omnibus obligationibus, & oneribus, tum aliàs, tum ab ipſo defuncto impoſitis.

48 Id verò limitatur primò, in relictis ad redemptionem captiuorum. Nam ſi teſtator non deſignauit executorem, non ad hæredes, ſed ad Epiſcopum pertinet illa implere, etiamſi teſtator præceperit, vt Epiſcopus eâ in re ſe non intromitteret. Sic diſponitur in *Authent. de Eccleſiaſt. tit. §. Siquis autem pro redemptione, & in l. Nulli, juncta Authent. Licèt teſtator, & in l. Siquis ad declinandam, Cod. de Epiſcop. & cleric.* & ita docent Molina *d. diſp.* 247. *num.* 3. Sanch. *d. dub.* 43. *num.* 3. Mantica *vbi ſupra,* & Diana *d. reſolut.* 41. *§. Dicendum eſt igitur,* eſtque indubitatum, quidquid in contrarium dixerit Vuadingus *loco ſupra citat.* Cui autem Epiſcopo hujuſmodi executio competat; an ſcilicet Epiſcopo loci, in quo teſtator natus eſt, vel vbi habebat domicilium, aut vbi obijt, aut in quo ſunt bona? Vide apud Molinam *vbi ſupra.*

49 Limitatur ſecundò in relictis ad eleemoſynas, & alimenta pauperum. Nam hæc etiam non per hæredem, ſed per Epiſcopum ſunt implenda, quando teſtator executorem non deſignauit. Sic cum alijs Molina *d. diſp.* 247. *num.* 4. & Diana *dict. reſolut.* 41. *§. Idem dicendum,* per text. *in dict. Authent. de Eccleſiaſt. tit. §. Siquis autem pro redemptione,* vbi diſponitur, vt quando teſtator non diſpoſuit, quis ea relicta exequi deberet, & in quos paupetes eſſent diſtribuenda, tradantur Epiſcopo loci, vbi teſtator habuit domicilium, Epiſcopusque ea diſtribuat in pauperes ciuitatis, aut loci vbi teſtator habuit domicilium.

Secunda concluſio. Quando hæres vel executor à teſtatore nominatus eſt negligens in adimplenda voluntate defuncti tempore debito, tum ad Epiſcopum, tum ad ſæcularem judicem ſpectat eum compellere; & efficere vt teſtamentum executioni mandetur: daturque locus præuentioni, ita vt ad eum judicem cauſæ cognitio pertineat, qui priùs de ea cognoſcere inceperit. Ita D. Petr. Barboſa *in l. Hæres abſens, in princip. numer.* 191. *ff. de Iudicijs,* Fagund. *lib.* 6. *de Contract. cap.* 4. *numer.* 2. Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſput.* 250. *in princip.* Emman. Barboſ. *in Remiſſion. ad Ordinat. Reg. lib.* 1. *tit.* 62. *§.* 4. vbi hoc ipſum ſecundùm jus commune aſſeritur, Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dubit.* 54. *numer.* 1. *&* 4. Dicaſtillus *de Iuſtit. lib.* 2. *tract.* 19. *diſput.* 3. *dubit.* 15. *numer.* 182. Vuading. *tract. de Contract. diſput.* 4. *dub.* 13. *§.* 5. *numer.* 21. Guttier. *QQ. practic. lib.* 1. *quæſt.* 44. *numer.* 3. Carpius *de Execut. teſtament. lib.* 1. *cap.* 21. *numer.* 3. & Ioſeph. Vela, quem refert, nec refellit Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſolut.* 55. Quod talis executio, & compulſio ſpectet ad Epiſcopum, ſaltem quando diſpoſitiones teſtatoris ſunt ad pias cauſas, conſtat apertè 50

ex *cap.* 3. *cap. Si hæredes*, 6. *cap. Tua nobis*, 17. *& cap. Ioannes*, 19. *de Teſtamentis*, & ex Concil. Trid. *ſeſſ.* 22. *cap.* 8. *de Reform.* vbi hoc ipſum conceditur Epiſcopis, etiam vt Sedis Apoſtolicæ delegatis. Fauet etiam jus Ciuile in *Auth. de Eccleſiaſt. tit. §. Siquis ad ædificationem.* Quòd id etiam ſpectet ad judices laicos, etiam quando diſpoſitiones ſunt factæ ad pias cauſas cauſas, conſtat ex *l. Hæreditas, ff. de Petit. hæredit. &* ex *d. Auth. de Eccleſiaſt. tit. §. Siquis ad ædificationem.* Vnde cùm id promiſcuè tum Eccleſiaſticis, tum ſæcularibus judicibus cõmittatur, fit rem hanc eſſe mixti fori, & ſic dari locum præuentioni.

51 Aduerte autem non ſatis conſtare inter DD. vtrùm ſuppoſitâ dictâ negligentiâ hæredum, & aliorum executorum, poſsint Epiſcopi ſe intromittere, & cogere vt diſpoſitiones teſtatorum ad cauſas non pias executioni mandentur? Solùm enim ad eos deuolui executionem piarũ diſpoſitionum, tenent Gloſ. *in dict. cap. Tua nobis, verb. Pijs voluntatibus, de Teſtam.* Anchar. *in d. cap. Si hæredes, eod. tit.* Baldus, quem refert & ſequitur, Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *numer.* 40. Carpius *de Execut. teſtament. lib.* 1. *cap.* 22. *numer.* 42. *& ſequent.* Vuading. *tract. de Contract. diſp.* 4. *dubit.* 13. *§.* 5. *numer.* 2. & alij, quos tacito nomine refert idem Vuading. & Molin. infra cit. Cujus ſententiæ duplex eſt fundamentum. Primum, quia omnia fere jura, quæ ſubſidiariè Epiſcopis tribuunt authoritatem exequendi diſpoſitiones defunctorum, loquuntur in ſpecie de diſpoſitionibus pijs, nullusque eſt textus, qui expreſſè illis ſubmittat diſpoſitiones profanas. Vnde quanuis *in dict. cap. Si hæredes, de Teſtam.* abſolutè dicatur; quòd hæredibus negligentibus, pertinet ad Epiſcopum exequi voluntatem defuncti: id debet accipi & reſtringi ad ſenſum aliorum textuum, de pijs tantùm diſpoſitionibus loquentium, vt Gloſſa ibidem exponit. maximè cùm illud capitulum non ſit Pontificis, ſed Concilij Prouincialis Moguntini, & ſic intelligendum juxta reſponſa Pontificum, qui in ſolis pijs diſpoſitionibus id ſtatuunt. Secundum, quia ſi is, cui aliquid relictum eſt, agere velit aduerſus executores, vel hæredes negligentes id exequi, debet actio intentari coram judice laico, ſi executor, vel hæres ſit laicus; cùm actor debeat ſequi forum rei, *cap. Si clericus laicum, & cap. Cum ſit generale, de Foro compet. l. Iuriſdictionem, Cod. eod. tit.* Ergo non ad Epiſcopum, ſed ad judicem laicum ſpectat cognitio illius cauſæ, ſaltem quando per viam actionis hæres, aut executor laicus compellendus eſt implere diſpoſitiones profanas. Vnde juxta hanc ſententiam intelligenda eſt ſuperior concluſio quoad ſolas diſpoſitiones pias, ita vt in his tantùm ſit executio mixti fori & ſolus judex laicus poſsit etiam cognoſcere de profanis.

Nihilominus, quòd etiam Epiſcopus 52
in caſu prædictæ concluſionis efficere & compellere poſsit, vt diſpoſitiones profanæ executioni mandentur, tenet Gloſ. *in d. cap. Si hæredes, de Teſtam.* Panorm. *ibid. num.* 7. *& in relect. cap. Cum eſſes, de Teſtam. num.* 32. Couar. *in d. cap. Si hæredes, num.* 5. Sylu. *verb. Teſtamentum,* 2. *q.* 8. Molina, *tom.* 1. *de Iuſt. d.* 250. *num.* 5. Sanch. *d. dub.* 54. *num.* 3. Layman. *lib.* 3. *Reſolut. moral. tract.* 5. *cap.* 10. *num.* 1. Dominus Rodericus à Cunha, 1. *p. Decreti, diſt.* 88. *cap.* 5. *numer.* 2. Fagund. *de Contract. lib.* 6. *cap.* 4. *num.* 8. & multi alij, quos citant & ſequuntur Auguſtin. Barboſ. *de Offic. Epiſc. p.* 3. *allegat.* 82. *numer.* 15. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 40. Fundantur primò *in d. cap. Si hæredes,* cùm indiſtinctè aſſerat, ſpectare ad Epiſcopum exequi voluntatem defuncti, ſi hæredes ſint negligentes in ea implenda. Secundò, quia defunctus quoad executionem ſuarum diſpoſitionum eſt miſerabiliſsima perſona, cùm jam per ſe nihil efficere poſsit, omnique auxilio ſit deſtitutus; ad Epiſcopum autem maximè ſpectat talibus perſonis ſubuenire, *cap. Super quibuſdam, de Verb. ſignif.* Tertiò, quia executor negligens implere voluntatem de-

deſuncti peccat mortaliter, ſecundùm negligentię qualitatem: & ratione peccati efficitur laicus de juriſdictione Epiſcopi, vt poſsit ab eo corrigi, & compelli facere id ad quod tenetur.

Hæc ſententia mihi etiam placet: ejus tamen fundamenta ſolùm probant, poſſe Epiſcopum ex officio efficere vt defuncti voluntas executioni mandetur, compellendo hæredes vel executores, ut illam impleant, prout tenentur. Per viam autem actionis intentatæ ab eo, cujus intereſt, aduerſus hæredes vel executores laicos, verius videtur id ſolùm ſpectare ad judicem laicum, vt probat ſecundum fundamentum ſuperioris ſententiæ, licèt contrarium doceat expreſſè Molin. *loco citat.* cum alijs quos refert. Hoc verò intellige, ſpectato ſolo jure communi. Nam ſi alicubi praxis, vel jus particulare loci aliud teneat, id planè obſeruandum eſt. Et quidem ſecundùm jus Luſitanum *lib.* 1. *Ordinat. tit.* 62. §. 4. ſimpliciter aſſerendum videtur, æquè Epiſcopos, & judices laicos cognoſcere poſſe de hujuſmodi cauſis tam ex officio, quàm per viam actionis: cùm ibi ſimpliciter dicatur, quod ſecundùm jus commune, tam ad Eccleſiaſticos Prælatos, quàm ad ipſum Regem ſpectat efficere, vt defunctorum voluntates impleantur: ac juxta hoc nonnullæ ibi conſtituuntur, ex quadam Concordata cum Prælatis hujus Regni, ad vitandas perturbationes, & controuerſias circa hoc cum ipſis Prælatis.

Aduertendum hic etiam, nomine,
53 *Epiſcopi*, in præſenti materia, intelligi etiam eos, qui juriſdictionem quaſi Epiſcopalem habent, in aliquo territorio, & veluti diœceſi ipſis ſubjecta. Nam hi etiam poſſunt cogere executores, vt exequantur voluntatem defuncti, & ſi illi tempore debito id non præſtent, eam exequi poſſunt, ſicut Epiſcopi, vt optimè relatis alijs probat Sanchez *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 54. *num.* 18. Vnde etiam nomine Epiſcopi à fortiori quoad hoc intelligitur Capitulum Sede Vacante; cùm plenè ſuccedat in Epiſcopali juriſdictione: ſic idem Sanch. *num.* 20. & omnes. Quod autem dicimus de ijs, qui habent juriſdictionem quaſi Epiſcopalem, intellige, dummodo ſint omnino exempti ab Epiſcopo, cum ijs, in quos juriſdictionem habent. Nam ſi non ſint omnino exempti, ſed ab eis detur appellatio ad Epiſcopum, tunc licèt poſsint cogere executores vt exequantur voluntatem defuncti, fortè non poterunt eam exequi, ipſis executoribus negligentibus, ſed ad Epiſcopum id ſpectabit, vt notat Sanch. *vbi ſup. num.* 19. Quæ autem negligentia executoris ſufficiat, vt executio deuoluatur ad Epiſcopum, vel ad judicem ſæcularem, dicemus *ſect.* 3.

Tertia concluſio. Quando executores à teſtatore nominati non acceptarunt, 54
ſiue quia noluerunt, nec compulſi ſunt acceptare, ſiue aliâ de cauſa, idem videtur dicendum, atque quando nullus executor nominatus eſt, ſcilicet ſpectare tunc executionem teſtamenti ad hæredes, etiam quoad diſpoſitiones pias, quemadmodum in prima concluſione dictum eſt, & cum limitationibus illius. Ducor, quia perinde eſt non eſſe acceptatum officium executoris à nominatis per teſtatorem, atque non dari executorem nominatum, eoquod teſtator neminem ad tale munus deſignauit. Igitur quemadmodum nemine nominato, executio teſtamenti competit hæredi, ſic etiam competit, non acceptantibus, qui nominati ſunt: cùm in vtroque caſu nullus reipſâ ſit executor. Cui reſolutioni planè adhæret Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 248. §. *Executor, in fine*, vbi ait, teneri tunc hæredes exequi teſtamentum. Atque idem dicendum eſt quando executor nominatus fuerit inhabilis, vel mortuus; cùm ſit eadem ratio. Si autem nec ipſi hæredes voluerint exequi teſtamentum, vel in eo exequendo negligentes fuerint, tunc tam ad judicem Eccleſiaſticum, quàm ſæcularem ſpectat efficere, vt voluntas teſtatoris impleatur, ſicut in ſecunda concluſione dictum eſt. Unde quod nonnulli DD. quos refert & ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 43. *num.* 7. expreſsè videntur tenere, ſcilicet, quando exe-

executores nominati per teſtatorem acceptare nolunt officium, tunc Epiſcopum eſſe executorem, intelligendum eſt, ſi hæres etiam nolit exequi voluntatem defuncti, & Epiſcopus non ſit præuentus à judice ſæculari, juxta ſuperiùs dicta in ſecunda concluſione.

55 Vbi tandem nota, quòd mortuo executore deſignato per teſtatorem antequam teſtamentum exequeretur, munus illius non tranſit ad ejus hæredem; cùm ad illud cenſeatur electa induſtria perſonæ. Sic Molina *d. diſp.* 248. §. *Obſerua autem*, & cum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 41. *num.* 3. Qua de re latiùs dicemus *ſect. ſeq.* §. 13. *numer.* 159.

§. 6. *Vtrum executor à teſtatore nominatus teneatur, vel compelli poſſit acceptare officium?*

SVMMARIVM.

Executor à teſtatore nominatus non tenetur, nec compelli poteſt acceptare officium, num. 56. *In aliquo tamen caſu ob particulares circumſtantias tenebitur ex charitate illud acceptare, num.* 57.

Si executor à teſtatore nominatus aliquid egiſſet, ex quo videatur tacitè acceptaſſe illud munus, poteſt compelli illud ſuſcipere, & exequi. Et quando cenſeatur tacitè acceptaſſe? num. 58. *Qui eſt præſens & tacet, quando nominatur executor, non cenſetur per hoc tacitè acceptare, niſi ſit conjunctus, vel amicus teſtatoris, num.* 59.

Executor nominatus, cui teſtator reliquit aliquod legatum, vel emolumentum, compellitur acceptare illud munus cauſatiuè, ideſt, ex ſuppoſitione, quòd velit habere tale emolumentum, num. 61. *Nolens acceptare munus executoris ſibi delatum amittit bona ſibi relicta à teſtatore, exceptâ legitimâ, quæ aliàs ei debita ſit. Et quomodo id ſit intelligendum? num.* 62. *& ſeq.*

Cui cedat emolumentum, quod non acceptans munus executoris amittit? numer. 64.

Iudex poteſt compellere executorem deſignatum à teſtatore vt munus acceptet, cogendo illum, non vt executorem nominatum à teſtatore, ſed tanquam vnum de populo; licet aliqui contradicant, & quomodo id ſit intelligendum? num. 65. *& ſeq.*

Vtrum Religioſus poſſit compelli à ſuo Prælato, vt acceptet munus executoris? num. 67.

Si Religioſus petiuit, & obtinuit licentiam ad acceptandum munus executoris, id ſufficit, vt poſſit compelli illud acceptare, & exequi, num. 68.

Vtrum ſi Religioſus abſque licentia Superioris tacitè, vel expreſſè acceptet munus executoris, ſatis id ſit vt poſſit compelli illud munus obire? num. 69.

CVm proximè dictum ſit, ad quem pertineat exequi teſtamentum, 56
quando executor à teſtatore nominatus non vult, nec compellitur, acceptare officium, ſatis opportunè explicanda hoc loco venit celebris quæſtio, vtrum executor à teſtatore nominatus teneatur officium acceptare, & ad id compelli poſſit? Communis, & vera reſolutio, vniuerſim loquendo, eſt negatiua. Colligitur ex *cap. Ioannes, de Teſtam.* & nititur ea ratione, quia officium executoris electi à perſona priuata, qualis eſt teſtator, non eſt publicum, ſed priuatum; atque adeò voluntarium, quod nemo cogitur, nec tenetur acceptare. Quemadmodum de officio arbitri, & arbitratoris à partibus electi, eoquod publicum non ſit, tradit Barthol. *in l.* 1. *ff. de Leg* 2. eſtque communis ſententia, atque ita docent Sylu. *verb. Teſtamentum,* 2. *q.* 3 *dicto* 1. Armilla *verb. Executor, num.* 5. Couar. *in d. cap. Ioannes, num.* 3. vbi Panorm. Ioan. Andr. & communis, Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 248. *num.* 3. Sanch. plurimos referens *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 41. *nu-*

42 num. 1. Diana p. 8. *tract. 5. reſol.* 27. & cæteri communiter.

57 Credit tamen Spino *in Speculo teſtament. Gloſ.* 28. *num.* 18. quòd in foro conſcientiæ peccabit mortaliter executor à teſtatore nominatus, ſi ſine cauſa non acceptet. Et mouetur ex doctrina Gloſſæ *in cap. Sicut*, 11. *q.* 1. *verb. Vſum*, aſſerentis peccare non acceptantem officium arbitri. Quam Gloſ. ſequuti Imola *in cap. Paſtoralis, de Offic. deleg. in princip.* & Felinus *ibidem num.* 6. dicunt peccare mortaliter, qui non acceptat officium arbitri, quando ſpes eſt quòd partes ad concordiam reducet. Sed hanc ſententiam meritò reiiciunt Sanch. *vbi ſupr.* Diana *d. tract.* 5. *reſol.* 28. & Cardin. Lugo *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 16. *num.* 329. quia illud officium eſt ſimpliciter voluntarium, vt conſtat ex dictis, & ſic etiam obligationem fori conſcientiæ reſpuit. Atque idem eſt de officio arbitri. Non negamus autem quòd in aliquo caſu ob particulares circunſtantias tenebitur quis acceptare hoc munus; vt quando alij eſſent paſſuri aliquod graue damnum, & ille abſque magno ſuo incommodo illis poſſet conſulere, teſtamentum exequendo; nam tunc charitas obligaret munus illud acceptare, vt bene aduertit Lugo *vbi ſupra.*

58 Intelligenda verò eſt prædicta reſolutio principalis cum aliquibus limitationibus, ſeu declarationibus. Prima eſt, niſi nominatus executor aliquid egiſſet, ex quo videatur tacitè jam illud munus acceptaſſe: nam tunc compelli poteſt illud acceptare, & executionem proſequi. Conſtat apertè ex *d. cap. Ioannes, de Teſtament.* vbi id tradunt Abbas *num.* 3. & Couar. *num.* 3. idemque relatis alijs docent Molina *d. diſp.* 248. *num.* 3. Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 5. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 27. Cenſetur autem tacitè acceptaſſe ratione actus à ſe geſti, qui recepit inſtrumentum, quo eſt deſignatus executor, illudque legit, & tacuit. Sic relatis multis Sanch. *vbi ſupra, num.* 7. Item qui aliquid fecit ad ipſam executionem pertinens, vt ſi ſoluit legatum, vel ſatisfecit alicui creditori defuncti: ſic idem Sanch. cum Syluest. Tabien. & alijs. Item qui ſciens ſe eſſe nominatum executorem acceptauit legatum ſibi relictum. Idem Sanch. *ſupr.* cum Sarmento, & Peralta, quos refert.

Nota verò, quod vt nominatus executor, qui ſemel tacitè, vel expreſsè officium acceptauit cogi poſsit ipſum munus obire, opus eſt vt acceptauerit officium poſtquam ſibi delatum eſt, ideſt, poſt mortem teſtatoris: niſi fortè ipſi teſtatori antea promiſiſſet, ſe illud exequuturum: vel niſi in teſtamento volens, & acceptans deſcriptus eſſet; nam tunc ea etiam acceptatio officij deferendi ſufficeret, vt mortuo teſtatore compelli poſſet illud acceptare, & exequi. Sic ex jure, & DD. Sanch. *d. dub.* 42. *num.* 10. 59

Nota præterea, quòd is, qui eſt præſens & tacet, quando nominatur executor, non cenſetur officium acceptare: ſicut etiam non videtur acceptare arbitrium, qui tacet, quando in eum præſentem fit compromiſſum. Ita communiter DD. *in d. cap. Ioannes, de Teſtament.* vbi Barbat *numer.* 11. & Couar. *num.* 4. Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordinat. Reg. lib.* 1. *tit.* 62. *in princip. num.* 2. Molin. *d. diſp.* 248. *num.* 3. Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 8. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 27. qui plures referunt. Id verò intelligitur, niſi ſit conjunctus, vel amicus teſtatoris; nam præſentia & taciturnitas talis perſonæ ſufficientem præſumptionem acceptationis inducit. Sic cum alijs, Emman. Barboſ. Sanch. Molina *locis citat.* & Diana *d. reſolut.* 27. qui bene id probat ex *l. Si filius famil. abſente*, 28. *ff. Ad Macedon.* ibi; *Debet pater ſi actum improbat, continuò teſtationem interponere contrariæ voluntatis.* 60

Secunda limitatio, ſeu declaratio eſt, quòd deſignatus executor, quanuis ſimpliciter, & abſolutè non compellatur acceptare officium, attamen compellitur cauſatiuè, ſeu ex ſuppoſitione, quòd velit habere legatum, vel emolumentum ſibi relictum à teſtatore; illud enim amittit, ſi officium non acceptet. Eſt reſolutio commu- 61

munis: & quidem ſi teſtator executori deſignato aliquid reliquit in præmium laboris in eo munere ſubeundo; patet illud amittere, qui officium acceptare non vult. Si autem reliquit aliud legatum, vel hæreditatem, non declarans ſe illud relinquere in præmium dicti laboris, non eſt res adeo clara, & diuerſimodè ſentiunt DD. Quidam namque tenent, ſi per cõjecturas, vel alia ratione conſtet, quòd teſtator ei erat legaturus, etiamſi ei non relinqueret illud officium; quod tunc non amittet legatum, etiamſi officium repudiet. Ita cum alijs ſentit. Peralta *in l.* 1. *ff. de Legat.* 2. *num.* 57. At hoc meritò rejiciunt Sarmiento, & Spino, quos citat, & ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 12. Quia fieri poſſet, vt teſtator illi eſſet legaturus, etiamſi eum non nominaret executorem; & tamen, ſuppoſito quòd eum nominauit velle vt legatum amittat, ſi non acceptet, quaſi in hoc ab illo offenſus, & contemptus. Vnde tunc ſolùm admittunt eum legatum non amittere, quando euidenter conſtaret, quòd etiam onus executionis reſpuenti teſtator legare vellet. Et ita etiam docet Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 27. *§. Et tandem.*

62 Alij verò DD. abſolutè aſſerunt, nolentem acceptare munus executionis ſibi delatum, non ſolùm amittere, quod ſibi relictum eſt in præmium laboris, ſed etiam legatum, hæreditatem, & quodlibet aliud emolumentum, quod ex teſtamento ei proueniret, exceptâ tantùm legitimâ, quæ aliàs ei eſſet debita ex bonis teſtatoris. Ita Couat. *in d. cap. Ioannes, numer.* 3. *de Teſtament.* vbi alios refert, & Molina *d. diſp.* 248. *verſ. Executor ſi munus,* vbi plures textus in hanc ſententiam adducit; maximè verò probatur ex *Auth. de Hæredib, & Falcid. §. Siquis autem non implens,* vbi habetur, quòd honoratus in teſtamento non implens, quod ſibi injunctum eſt à teſtatore, ſi monitus à judice per integrum annum id agere omittat, omne emolumentum ſibi relictum amittat, exceptâ tantùm legitimâ, quæ aliàs ei debita ſit. Eſt autem intelligenda hæc ſententia, ex mente omnium, niſi conſtet, aut meritò præſumatur, quòd teſtator illi eſſet relicturus tale emolumentum, etiamſi ſciret eum non eſſe acceptaturum illud officium. Vnde Couar. *d. num.* 3. & alij, quos refert, dicunt, quòd ſi executor officium non acceptans ſit conjunctus teſtatori, in dubio non amittet legatum. Alij verò vt Mattienzo *lib.* 5. *Recopil. tit.* 4. *l.* 14. *Gloſ.* 1. *num.* 30. id tantummodo admittunt in filio teſtatoris, cùm ob tam leuem offenſam non videatur, quòd eum priuare vellet illo emolumento. Cæterùm nec in filio id admittit Spino apud Sanch. *d. dub.* 42. *num.* 3. *fine.*

Illud etiam non immeritò admonet cum alijs Molina *vbi ſupra,* quod teſtator executori relinquit in præmium, ſtatim ab eo amitti, ſi officium recuſet; quod verò relinquit abſolutè, & vt legatum, vel fideicommiſſum, aut hæreditatem, non amitti, niſi poſt ſententiam; quia amiſsio horum emolumentorum inducta eſt in pœnam honorati, ob non impletam voluntatem defuncti: pœna autem non habet effectum ante ſententiam, ſaltem declaratoriam, vt eſt notiſsimum. Ex quo etiam deducitur, ſi executor deſignatus non acceptet officium, quia eſt de jure impeditus, vt quia eſt monachus Ordinis Minorum, vel aliâ de cauſa, non amittere legatum, quod abſolutè, non in præmium laboris ei relictum fuerit, vt cum Barthol. notat Padilla *in l.* 1. *ff. de Leg.* 2. *numer.* 22. & Sanch. *d. dub.* 42. *num.* 14. Quia cùm amiſsio talium legatorum inducta fuerit in pœnam non acceptantis, ſolùm incurritur ab eo, qui culpabiliter non acceptauit; cùm pœna non habeat locum, vbi culpa non eſt: patet autem omni vacare culpâ, qui non acceptat, quando de jure acceptare non poteſt. 63

Si quæras, cuinam cedat emolumentum, quod executor officium non acceptans amittit? Reſpondetur, emolumentum relictum abſolutè, non in præmium executionis, amitti ſubſtituto, ſi illi datus ſit; ſin minus, alijs hæredibus teſtatoris pro rata, vt habetur *in d. Auth. de Hæred.* 64

red. & Falcid. §. Siquis autem non implens, & in Auth. Hoc amplius, Cod. de Fideicommiſſ. & tradit Molina *d. diſput.* 248. *verſ. Quod non.* relictum autem in præmium, ſi plures ſint nominati executores, & vnus tantùm, vel aliqui eorum munus recuſarunt, vel mortui ſunt, cedet ijs, qui illud acceptarunt. Sic cum alijs Valaſc. *conſult.* 46. Emman. Rodrig. alios referens *in Sum. tom.* 2. *cap.* 156. *numer.* 3. & Molina *vbi ſupra, verſ. Quod verò*; argum. text. *in l. vnica, §. Vbi autem, Cod. de Caduc. toll.* Et præterea, quia ſicut diminuto onere minuitur portio, juxta varia jura, ita creſcente onere exequendi teſtamentum propter defectum vnius, vel aliquorum executorum, debet alijs accreſcere præmium. Si autem nullus executor munus acceptaret, tunc quid in præmium executionis relictum fuerit, cedet hæredibus, ijque tenebuntur exequi teſtamentum, vt bene Molina *d. §. Quòd non.*

65 Tertia limitatio eſt, vt quanuis judex nequeat compellere executorem deſignatum à teſtatore, eoquod deſignatus ſit, ſeu, vt executorem deſignatum, attamen poſſit illum compellere tanquam vnum de populo. Nam judex ordinarius quando ad eum deuoluitur executio teſtamenti juxta ſuperiùs dicta *in §. præced.* committere poteſt illud munus cuilibet ſuo ſubdito, ſi ſit idoneus; eumque ad illud acceptandum, & exequendum compellere, vt loquendo de Epiſcopo, ſeu Ordinario, cum multis DD. tradit Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 16. & Molina *d. diſp.* 248. *num.* 4. Quia judex ordinarius poteſt alteri delegare quamlibet functionem ſui muneris, & ad eam exequendam cogere. Ergo poterit etiam cogere executorem deſignatum à teſtatore, ſi non vt talem, certè vt vnum de populo ſuæ juriſdictioni ſubjectum. Tenent hanc ſententiam Barth. *in l. In arbitrium, ff. de Leg.* 2. & Cuman. *ibid.* dicens eſſe communem: in eam etiam magis inclinat Padilla *ibid.* dicens videri tenendam, quanuis lege non probetur. At contrariam ſequuntur Ioan. Andr. & Alex. quos idem Padilla refert, eiſque accedunt Sarmiento *lib.* 8. *Selectar. in d. l. In arbitrium, num.* 12. & Sanch. *d. dub.* 42. *num.* 17. aſſerentes, quòd regulariter non poteſt judex hanc compulſionem facere: poſſe tamen in caſu, in quo pietas verſetur, & non ſit alius, qui id exercere poſſit. Ego verò priori ſententiæ adhæreo, cenſeoque quòd ex eadem cauſa, & cum eadem facilitate, qua judex compellere poteſt alium, vt illud munus exequatur, poteſt etiam compellere eum, qui à teſtatore nominatus eſt, nam ex eo quòd fuerit nominatus, non redditur magis exemptus, vt compelli non poſſit, quàm ſi nominatus non eſſet: & alioqui hoc ipſo, quòd teſtator eum elegit, eſt magis aptus, cæteris paribus, ad illam executionem faciendam, vt patet.

Optimè autem aduertit Sanch. *num.* 66
18. Quod judex ſæcularis debet compellere ſæcularem, & Epiſcopus clericum. Quia licèt Epiſcopus poſſit compellere executores laicos, vt munus exequantur quando ad id tenentur, vt quia munus à teſtatore delatum acceptarunt, vel ſunt hæredes, qui ex teſtamento obligantur; attamen non poteſt compellere alios, qui obligati non ſunt. Et ideo eorum compulſio ad ſolum judicem ſæcularem ſpectat; quemadmodum compulſio clerici ad ſolum Epiſcopum, ſeu judicem Eccleſiaſticum.

Quarta limitatio eſt, vt ſi executor ſit 67
Religioſus, poſſit ejus Prælatus eum cogere, vt acceptet, & exequatur illud munus. Sic cum alijs Molina *d. diſp.* 248. *numer.* 4. Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 15. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 28. *in fine.* Reddit rationem Molina, quia Religioſus tenetur parere ſuo Prælato in licitis, & honeſtis, quale eſt hoc, niſi circumſtantia aliqua id illicitum, aut nociuum Religioſo reddat. Hæc tamen ratio, ſi loquamur de ſtricta obligatione parendi, ſuſtineri non poteſt, quia Prælatus Religionis non poteſt præcipere ſubditis omnia licita, & honeſta, ſed ea tantùm quæ ſunt ſecundùm regulam directè, vel indirectè, vt eſt communiſſima fere om-

omnium DD. ſententia, quam relatis innumeris tradit, & latè declarat Sanch. *tom. 2 in Decal. lib. 6. cap. 2. num. 15. & ſeq.* Vnde cùm vix, ac ne vix quidem, vlla videatur eſſe Religio, ad cujus regulæ obſeruationem vllo modo pertineat obire munus executoris teſtamentarij, niſi fortè in aliquo raro caſu, in quo charitas, & commune ipſius Religionis bonum id omnino exigat, fit vt extra talem caſum non poſſit Prælatus Religioſum obligare, vt illud munus ſuſcipiat & exequatur, quanuis ei ſit licitum, nec vllâ extrinſecâ circunſtantiâ vitiatur. Si tamen Prælatus id injungat, ad perfectionem obedientiæ ſpectabit ei parere: nam vt optimè ex Sanctorum doctrina tradit idem Sanch. *d. cap. 2. num. 3.* ad perfectam obedientiam ſpectat obtemperate Prælatis in omnibus licitis, etiamſi ea præcipere non poſſint, nec ſtrictam obligationem inducere.

68 Hæc vero procedunt, quando res adhuc eſt integra: ideſt, quando Religioſus ſciens ſe nominatum eſſe executorem à teſtatore, nihil adhuc circa tale munus acceptandum, vel exequendum egerat. Nam ſi aliquid jam egiſſet, quo tacitè ſaltem munus acceptaſſe videretur, non ſolùm à Prælato Religionis, ſed etiam ab eo ad quem ex officio pertineret cogere executores, qui munus acceptarunt, vt teſtamentum exequerentur, compelli poſſet illud exequi; juxta doctrinam ſupra traditam *num.* 58. Nonnulla tamen circa hoc eſt differentia inter executores ſæculares, & Religioſos, ex eoquod Religioſi indigeant licentiâ Superioris, vt poſſint acceptare illud munus, ſæculares verò minimè. Hinc enim fit, vt ſi Religioſus petat, & obtineat licentiam à ſuo Prælato ad acceptandum illud munus, id ſufficiat, vt compelli poſſit illud acceptare, & exequi, vt cum Cardin, Imola, & Boniſac. tradit Sanch. *d. lib. 6. in Decal. cap. 11. num. 13. argum. cap. Quidam, de Renunciat.* vbi qui petiuit licentiam renunciandi, cogitur renunciare: & eſt ratio, quia per hoc jam aliquo modo videtur munus acceptaſſe. Hic verò modus acceptandi locum non habet in ſæcularibus, cùm ſimili licentiâ non indigeant.

Item ſi Religioſus, non obtentá dictâ licentiâ Superioris, illud munus acceptet, ſiue expreſsè, ſiue implicitè, vt recipiendo, & ſoluendo aliquod legatum relictum in teſtamento, non caret dubio, an talis acceptatio ſufficiat, vt compelli poſſit illud munus obire, ſicut ſufficeret in executore ſeculari, qui tali licentia non indiget. Nam cùm probabile ſit, acceptationem Religioſi abſque licentia Superioris eſſe nullam, vt vidimus *§. 4. num.* 20. profecto ſtando in ea ſententia, talis acceptatio non ſufficit, vt Religioſus cõpelli poſſit licentiam petere, & ſic ipſum munus obire, vt bene aduertit Sanch *d. c. 11. num.* 14. quia cùm acceptatio non fuerit valida, perinde eſt acſi nihil actum eſſet: proindeque non poteſt ratione illius obligari Religioſus petere exequendi licentiam: imò nec ſi Superior eam licentiam non petenti concedat, compelli poteſt eam acceptare, vt optimè idem Sanch. addit. Stando autem in opinione quam magis probauimus *d §. 4. numer.* 21. quòd ſcilicet illa acceptatio eſt aliquo modo valida, non obſtante licentiæ defectu, tunc conſequenter dicendum, quod ratione talis acceptationis compelli poteſt Religioſus licentiam petere, eâque obtentâ ipſum munus executoris exequi, quemadmodum compelli poteſt executor ſæcularis, qui vel expreſsè, vel implicitè munus acceptauit, juxta ſupra tradita *num.* 58. & ita docet Sanch. *d. numer.* 14. 69

SECTIO II.

De poteſtate executorum ad diſpenſanda bona teſtatoris, ejuſque voluntatem implendam.

OFficium executoris teſtamentarij in ſua intrinſeca ratione includit poteſtatem exequendi voluntatem

tem defuncti, adeò vt ea poteſtate ſublata, nec eſſe, nec intelligi tale officium poſsit; vt ex ipſis terminis patet. Quare eo ipſo, quod aliquis legitimè conſtitutus eſt executor alicujus teſtamenti, ipſumque officium acceptauit, poteſtatem habet teſtamentum exequendi. Quouſque autem hæc poteſtas extendatur, multas inuoluit quæſtiones, & difficultates, quæ in hac ſect. ſub diſtinctis titulis, & §§. expediendæ ſunt.

§. 1. *Vtrum quando plures ſunt executores nominati alicujus teſtamenti, poſsit vnus ſine alio exequi?*

SUMMARIUM.

Quando plures ſunt nominati executores in ſolidum, quilibet eorum poteſt exequi ſine alio. Et quomodo id ſit intelligendum, ſi diſtributio facienda fuerit incerta, ſeu non determinata per teſtatorem? numer. 70. & ſeq.

Quando plures executores ſimpliciter nominati ſunt, non poteſt vnus ſine alio exequi; num. 72. Id verò fallit primò, quando diſtributio facienda eſt certa; num. 73. Secundò, quando aliquis, vel aliqui ipſorum executorum eſſent demortui, vel in remotis agerent, vel nollent concurrere ad executionem. Et quid quando aliquis eorum non longè abeſſet? num. 74. Quando aliquis illorum non vult concurrere, poſſunt alij exequi, ſiue ille nolit ante, ſiue poſt acceptatum officium; num. 75.

Quando executores nominati ſunt tres, vel plures, & maior eorum pars conſentit: tunc licèt alius, vel alij non vocentur, valet executio; num. 76.

Quando plures executores ſunt nominati cum limitatione, vt vnus ſine alio non exequatur, tunc etiam in caſu quo aliquis eorum ſit mortuus, vel abſens, aut nolit concurrere, non poſſunt alij exequi; num. 77.

PRo reſolutione notandum, quòd interdum nominatis pluribus executoribus, addit teſtator, ſe cuilibet eorum committere in ſolidum poteſtatem exequendi: interdum verò nihil tale addit, ſed ſimpliciter nominat plures ad ſuum teſtamentum exequendum. Hoc poſito.

Prima concluſio ſit. Quando plures 70
executores ſunt nominati primo modo, nempe vnuſquiſque in ſolidum, quilibet eorum poteſt exequi ſine alio. Patet ex ipſis terminis, cùm nihil aliud ſit, eſſe vnumquemque executorem in ſolidum, quàm habere poteſtatem exequendi teſtamentum independenter à concurſu alterius. Docet verò Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 44. *in fine.* cum Franco, & Baldo, quos refert, id eſſe intelligendum cum hac diſtinctione: vt ſi diſtributio facienda ſit certa, id eſt, ſi certa ſumma danda ſit certæ perſonæ, tùnc poſsit quilibet talium executorum eam exequi, licèt alter contradicat: ſi verò diſtributio ſit incerta, licèt poſsit eam exequi, altero non contradicente, non tamen ſi contradicat, quo caſu aſſerit, recurrendum eſſe ad regulas, quas ſubdit, & nos §. *ſeq.* trademus, quibus ſtatuitur quid faciendum ſit, quãdo executores diſſentiunt.

Cæterùm ego indiſtinctè aſſerendum 71
puto, quod ſiue diſtributio ſit certa, ſiue incerta, quilibet illorum executorum eam poteſt facere independenter ab vlla ſequenti aliorum approbatione, vel reprobatione; ita vt licèt alij poſtea contradicant, illa nihilominus rata, & firma maneat. Nam eo ipſo quod cuilibet eorum data eſt in ſolidum poteſtas exequendi teſtamentum, datur inter illos jus præuentionis, quoad ſingulas diſpoſitiones teſtatoris, ita vt qui primus aliquam ſibi exequendam aſſumpſerit, alios poſterius ab ejus executione excludat. Vnde nihil refert, quòd illi poſtea aſſentiant, vel diſſentiant: cujus oppoſitum, quando diſtribu-

butio facienda incerta eſſet, liberè dictum videtur.

72 Secunda concluſio. Quando plures ſunt nominati executores ſecundo modo, ideſt, ſimpliciter, non poteſt regulariter vnus exequi ſine alio. Eſt reſolutio communis; quia tunc non cenſentur ſinguli dati in ſolidum, ſed ſimul cum alijs: & ita colligitur ex *cap. Religioſus, de Teſtament. in 6. §. Sane*, vbi ſic tenet Francus, *num. 5.* cum Speculatore, quem refert, tenent etiam relatis alijs Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 44. num. 1.* Simon de Præt. *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. num.* 81. & Carpius, quem refert, & tranſcribit Diana *p. 8. tract. 5. reſol. 29.* Dixi, *regulariter*, quia in aliquibus caſibus prædicta concluſio fallit.

73 Primò fallit, quando diſtributio facienda, eſt certa, vt ſi teſtator certam rem, vel certam quantitatem juſſit dari certæ perſonę. Quia cùm in tali diſtributione nullum requiratur arbitrium, ſed ſit mera executio facti, non refert per quem fiat: ita Sanch. *dict. dub.* 44. cum Baldo, Butricar. Gregor. Lop. & Franco, qui ait, hoc procedere, etiamſi alter executor prohiberet.

74 Secundò fallit, quando aliquis, vel aliqui prædictorum executorum eſſent demortui, vel in remotis agerent, vel nollent concurrere ad executionem: tunc enim cæteri, etiamſi vnus tantùm ſit, procedere poſſunt ad executionem teſtamenti, niſi teſtator contrarium expreſſiſſet. Ita expreſsè habetur *in dict. cap. Religioſus, §. Sanè, de Teſtament. in 6.* & tradunt Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſput. 248. verſ. Quando multi*, Simon de Præt. *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer. 55. & 83.* & cum multis alijs Sanch *d. dub. 44. num. 3.* Qui rectè *num. 5.* cum alijs addit, quòd in caſu magnæ diſtantiæ alicujus ex dictis executoribus non oportet illum citare: ſi verò non multùm diſtaret, tunc vocandum eſſe, & ſi nihilominus intra præfixum terminum non adueniat, reliquos procedere poſſe ad executionem, vt tradit Gloſ. *in dict. cap. Religioſus, verb. In remotis*, & docet etiam Molina *vbi ſup.* Notat præterea idem Sanch. *numer. 6.* cum Sylu. & alijs, quod ſi in dicto caſu magnæ diſtantiæ ſeu abſentiæ executoris non ſupereſt alius executor, nec teſtator aliud prouidit, exequetur Epiſcopus, nec inſtabitur ad compellendum abſentem.

Illud etiam hic notandum, cùm dicitur, quòd nolente aliquo ex dictis executoribus concurrere, poſſunt alij exequi; intelligitur, ſiue nolit ante acceptatum officium, ſiue poſt acceptatum, vt colligitur ex *dict. §. Sanè*, & notat Sanch. *dict. dub. 44. numer. 7.* Unde licèt officium executoris poſtquàm eſt acceptatum non maneat ſimpliciter voluntarium; cùm executor poſſit tunc cogi illud exercere; attamen adhuc manet voluntarium quoad hoc, quòd nolente vno coexecutore concurrere, poteſt alius exequi abſque illius requiſitione, vel conſenſu, vt cum Franco, & Archidiacono colligit idem Sanch. ex text. *in dict. §. Sane*, quatenus ibi dicitur, quòd alter poſſit liberè exequi. 75

Tertiò fallit, quando hujuſmodi executores ſunt tres aut plures, & maior eorum pars conſentit in executione, ſeu diſtributione facienda. Nam tunc licèt alij non ſint vocati, nec cum illis congregentur, valet nihilominus executio facta à maiori parte. Ita Carpius, quem refert, & ſequitur Diana *dict. reſolut. 29. fine.* Ratio eſt, quia quando ſunt plures executores poteſtas exequendi illis commiſſa, non reſidet in illis vniuerſaliter, ſeu in communi, tanquam in vno corpore, & perſona ficta, adinſtar Capituli, ſed ſingulariter id eſt, in ſingulis vt in ſingulis, licèt non in vnoquoque in ſolidum; quo fit, vt non oporteat eos ſimul conuenire, & congregatos eſſe ad negotium expediendum, ſed ſatis ſit quod ſeparatim diuerſo loco & tempore ſuum conſenſum præſtent: quando autem res gerenda eſt per plures habentes poteſtatem hoc modo, & in tali te n n 76

verſatur illorum præjudicium, non oportet quòd omnes admoneantur, & conſentiant, ſed ſufficit maiorem partem conſentire, alijs minimè vocatis, & admonitis: licèt aliud ſit, quando res ſpectat ad plures vniuerſaliter, quatenus efficiunt vnum corpus: in quo caſu licèt ſufficiat maiorem partem conſentire, vt negotium expediatur, tamen oportet vt conueniant, vel ſaltem ſint vocati omnes, qui habent jus ſuffragij, cùm alioqui non ſint alij legitimè congregati, nec integrum corpus efficiant ad negotium plena authoritate expediendum.

77 Tertia concluſio. Quando plures executores nõ ſunt nominati ſimpliciter, ſed cum limitatione, vt vnus ſine alio non exequatur; tunc etiam in prædictis caſibus, ſcilicet, quando alter obijt, vel non vult &c. non poteſt alius exequi, ſed ſeruanda eſt ordinatio teſtatoris. Conſtat apertè ex *d cap. Religioſus, §. Sanè,* & tradit ibi Gloſ. *verb. Expreſſerit,* & cum alijs Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 44. numer. 10.* Qui inde *numer. 11.* cum eadem Gloſſa infert quòd tunc, ſi teſtator non prouidit, ex quo cæteri impediuntur, exequetur Epiſcopus. At hoc intelligo, ſi nec hæres poſsit, aut velit exequi, & niſi judex ſæcularis Epiſcopum præueniat, in caſu quo ad vtrumque ea executio deuoluitur, juxta doctrinam traditam *ſect. præced. §. 5. num. 54.*

§. 2. *Quid, quando ſunt plures executores, & inter ſe diſcordant?*

SUMMARIUM.

QVando executores diſcordantes ſunt impares numero, præualet maior eorum pars, num 78.

Si executores ſint pares numero, impares verò in qualitate, præualet vox partis dignioris. Et quinam cenſeantur digniores? num. 79.

Quid, quando executores inter ſe diſcordantes tam numero, quàm qualitate ſunt pares? num. 80. *& ſeq.*

78 HÆc quæſtio maximè procedit, quando executores inter ſe diſcordantes ſunt pares. Nam ſi ſint impares numero, jam ſupra *numer. 76.* diximus, ſtandum eſſe conſenſui maioris partis. Et ita præter DD. ibid. citatos docet cum alijs Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 45. num. 1.* eſtque omnium ſententia, vt idem Sanch. affirmat. Et ratio eſt, quia teſte Mattienzo *ad lib. 5. Recopil. tit. 4. l. 22. Gloſ. 3. numer. 1.* fere in omnibus cauſis per plures expediendis præualet maior pars, ad quod eſt text. *in l. Quod maior, ff. Ad municip. & cap. 1. de His quæ fiunt à maiori parte Capituli* Vnde notat cum alijs Peralta *in l Vnum ex familia, §. Rogo, num. 10. ff. de Leg. 2.* & Sanch. *vbi ſup. num. 2.* eſſe hoc adeo verum, vt ſi ſint quinque executores ad eligendos pauperes, & duo eligant vnum ex ipſis executoribus, alij duo vnum extraneum, & executor electus conſentiat ſuę electioni, præferatur extraneo, quia jam pro ſe habet maiorem partem.

79 Item, ſi executores ſint pares numero, impares verò in qualitate, vox dignioris partis præualet, vt ſi ſint duo, alter clericus, alter verò laicus, præfertur clericus: vel ſi alter ſit maſculus, & alter fæmina, præfertur maſculus. Sic relatis pluribus Sanch. *dict. dub. 45. numer. 4.* Carpius *de Execut. teſtament. lib. 3. cap. 2. numer. 30.* & ex eo Diana *p. 8. tract. 5. reſol. 30.* Addit etiam idem Carpius & Diana *loc. citat.* cum Baldo, Palacio, Rub. Gomez, Arias, Spino, Rolando, & Lara, quòd cæteris paribus, præferendi ſunt executores conſanguinei teſtatoris. Idem relatis alijs tradit Simon de Præt. *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer. 84.* vbi rectè etiam aduertit, ſi ex duobus executoribus vnus elegerit pauperes conſanguineos teſtatoris, alter verò extraneos, præferendus eſt, qui cõſanguineos elegit. Quan-

80 Quando autem executores inter ſe diſcordantes tam numero, quàm qualitate ſunt pares, itaut pro neutra parte appareat ſufficiens ratio, ob quam præferri debeat: credit Spino *in Speculo teſtam. Gloſ.* 28. *num.* 19. quòd tunc poteſt Epiſcopus præferre, quem voluerit. Sanch. verò *d. dub.* 45. *numer.* 3. cum Gregor. Lop. & Franco aſſerit, quòd ſi ſit in rebus pijs poteſt Epiſcopus præferre, quem voluerit: ſi verò in rebus profanis, id poteſt judex ſæcularis.

81 Ego verò rem magis explicando, dico in primis, quod in hac executorum diſcordia, neque Epiſcopus, neque judex ſæcularis poteſt recedere ab vtroque executore, ſed debet ad alterum illorum accedere, & cum eo executionem expedire, vt planè ſentiunt Spino, & alij DD. proximè citati, cùm ſolùm admittant poſſe Epiſcopum, vel judicem ſæcularem præferre quem voluerint ex illis executoribus diſcordantibus. Et ratio eſt, quia in hoc caſu non recurritur ad judicem ad excludendum vtrumque executorem, ſed ſolùm vt determinet quinam præferendus ſit: & cùm non appareat maior ratio pro vno, quàm pro altero, manet liberum ipſi judici præferre ex illis, quem voluerit. Dico deinde, quòd ſi extet hæres expeditus & capax exequendi voluntatem defuncti, ad eum, & non ad judicem ſpectat illam determinationem facere, accedendo ad alterum ex illis executoribus, quem maluerit. Quia in defectum executorum ſuccedit primo loco hæres: & ſi hic etiam deficiat, tunc ſuccedit judex, præterquam in quibuſdam legatis; prout latè dictum eſt *ſect. præced.* §. 5. Vnde in hoc etiam caſu priùs recurrendum eſt ad hæredem, vt illam determinationem faciat, quàm ad judicem; ſiquidem illa etiam determinatio ad executionem teſtamenti ſpectat, & cùm ab executoribus fieri non poſsit, ad hæredem deuoluitur. Dico tandem, quòd hærede nolente, aut non valente illam determinationem facere, ſpectat eam facere ad judicem, ad quem tota executio deuolueretur, quando tam executores, quàm hæredes deficerent, juxta doctrinam *dict.* §. 5. traditam, quam non oportet hic repeti.

§. 3. *Vtrum executores poſsint authoritate propria vendere bona defuncti, ad implendum ejus teſtamentum?*

SUMMARIUM.

Executores vniuerſales poſſũt vẽdere bona defuncti ad ejus voluntatem implendam, perinde ac ſi eſſent hæredes; num. 82.

Executores particulares non poſſunt vendere bona defuncti, niſi ille ad hoc eis ſpecialiter facultatem conceſſerit; numer. 83.

Quando teſtator executoribus conceſsit facultatem vendendi bona, intereſt, an eam conceſſerit per verba importantia liberam eorum voluntatem, vel ſolùm arbitrium boni viri. Et quid in vtroque caſu agere poſsint? num. 84.

Etiam quando teſtator liberam facultatem vendendi executori conceſsit, poteſt hæres venditionem impedire: & quomodo id poſsit facere? num. 85.

Executor habens facultatem vendendi bona defuncti, poteſt etiam ea permutare, obligare, & in ſolutum dare; numer. 86.

Quæ dicta ſunt circa poteſtatem executoris ad vendenda bona defuncti, intelliguntur poſt aditam hæreditatem; numer. 87.

Vt executor poſsit vendere bona defuncti, debet priùs requirere hæredem. Et quomodo id ſit intelligendum? ibid.

Quamuis executori conceſſa ſit libera facultas vendendi, nihil tamen ſibi poteſt emere, vel comparare ex bonis teſtatoris, etiam per interpoſitam perſonam. Quod tamen ali-

qui variè limitant; *numer.* 89. *Quid circa hoc jus Luſitanum diſponat? num.* 90.

82 Reſpondetur, ſi executores ſint vniuerſales, quales ſunt, qui nominantur ad executionem teſtamenti, in quo nullus hæres certus, præter animam ipſius teſtatoris, inſtitutus eſt, vt *ſect. præced. num.* 2. explicatum eſt, vendere poſſe teſtatoris bona ad implendam ejus voluntatem, tanquam ſi ipſi hæredes eſſent: quia reputantur quaſi hæredes, *l. Siquis ad declinandam, Cod. de Epiſcop. & cleric.* & ita docent Barthol. *in l. Alio, ff. de Alim. & cibar. leg.* Couar. *in cap. Joannes, de Teſtament. numer.* 6. Panorm. *ibid. numer. etiam* 6. Anton. Gom. *tom.* 1, *Variar. cap.* 12 *numer.* 12. Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſput.* 248. *prope finem*, & tum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 46. *numer.* 2. & Carpius *de Execut. teſtam. lib.* 3. *cap.* 3. *concluſ.* 1.

83 Si autem executores ſint particulares, quales ſunt, qui nominantur ad exequenda particularia relicta in teſtamento; in quo certus hæres, & non ſola anima defuncti, inſtitutus eſt, vendere non poſſunt bona teſtatoris, niſi ab eo ſpecialiter illis conceſſa ſit vendendi poteſtas. Ita Barthol. Couar. & Molina *loc. proximè citatis*, Simon de Prætis *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *numer.* 100. Sanch. *dict. dub.* 46. *numer.* 3. & Carpius *dict. cap.* 3. *concluſ.* 3. qui plures referunt, eſtque communis ſententia. Cujus ratio eſt, quia vbi eſt inſtitutus hæres certus viuens in hoc mundo, illi acquiritur hæreditas cum omnibus ejus honoribus, & oneribus, fitque verus dominus omnium bonorum defuncti: ac proinde ad illum tantùmmodo ſpectat diſponere de illis, eaque adminiſtrare, præterquam in caſu quo teſtator aliud ſtatuerit: & ideo niſi teſtator ſpecialiter executori conceſſerit, vt illa poſſit vendere, vel aliter de illis diſponere, ſolùm habet poteſtatem ad cõpellẽdũ hæredem vt impleat onera, quæ illi à teſtatore injuncta ſunt.

Solent verò teſtatores dare facultatem 84 executoribus vt poſſint vendere quantum ſufficiat ad prædicta onera implenda. Et in tali caſu conſideranda ſunt verba, quibus teſtator illam facultatem concedit: an ſcilicet importent facultatem vendendi, vt voluerit; vel ſolùm vendendi, vt ei videbitur, ſeu arbitrio boni viri: ſi enim ſimpliciter dicatur, *Concedimus poteſtatem*, vel, *damus licentiam vendendi:* tantummodo intelligitur conceſſum arbitrium, vt ſcilicet poſſit vendere arbitrio prudentis. Et tunc non poteſt vendere pro libito, ſed tenetur ſeruare Ordinem, quem jus diſponit in *l. A Diuo, §. In venditione, ff. de Re judicata*, vt nimirum priùs vendantur mobilia, deinde jura, & actiones, poſtea immobilia. Si verò dicatur, *damus liberam facultatem*, vel, *plenam poteſtatem*, ſeu, *licentiam vendendi*; intelligitur conceſſa libera voluntas, vt ſcilicet poſſit vendere prout libuerit. Et tunc quanuis prædictus ordo non ſeruetur, valet venditio: reſtringitur tamen illa libera voluntas, vt rem agat bona fide, ideſt, vt rem magni pretij non vendat pro minimo: alioqui nulla erit venditio. Ita Sanch. *dict. dubio* 46. *numer.* 7. cum Tello, Azebedo, Barthol. & alijs. Qui præterea addunt, quòd etiam quando eſt conceſſa libera facultas vendendi, debet venditio fieri cum banimentis, ideſt, in publica ſubhaſtatione; quia tutores habent liberam poteſtatem vendendi, *l. Mandato, ff. de Procurat.* & tamen tenentur vendere res pupilli in publica ſubhaſtatione. Id verò intellige, niſi teſtator, expreſsè conceſſerit, vt etiam abſque publica ſubhaſtatione poſſet executor vendere, vt cum Barth. & Mattienzo aduertit Sanch. *loc. cit.*

Addendum vlteriùs, quòd non obſtante libera illa facultate vendendi executori conceſſâ, poteſt hæres venditioẽ impedire, idq; varijs modis, nempe, vel offerendo pecuniam neceſſariam pro ſoluendis legatis, & alijs oneribus implendis: vel offerendo ſe ad vendendum, & ex pretio ſatisfaciendum intra competentem terminum legatarijs, & alijs, 85

qui-

quibus executores volebant ſatisfacere, datis ad hoc idoneis fidejuſſoribus, in quo caſu hæres præfertur executori in vendendo: vel offerendo aliam rem vendendam loco ejus, quam executor vult vendere: vel denique ſi rem, quam executor vult vendere, inſinuet vendendam maiori pretio, oſtendens plus pro ea offerentem. Sic Barthol. *in d. l. Alio, num. 19. ff. de Aliment. & cib. leg.* & cum alijs Sanch. *dict. dubio* 46. *numer.* 9.

86 Executor autem, cui teſtator conceſſit facultatem vendendi, non ſolùm poteſt vendere, ſed etiam permutare, obligare, & in ſolutum dare; vt cum eodem Barthol. & alijs id de jure probantibus, notat Sanch. *vbi ſup. numer.* 10. & tradit etiam Carpius *de Execut. teſtam. lib.* 3. *cap.* 3. *concluſ.* 12.

87 Item executor vendens jure executoris, non tenetur de euictione, licèt ex ejus promiſsione teneatur hæres, vel hæreditas: nam quoties quis vendit ex officio ſibi injuncto, de euictione non tenetur, *l. Qui erat hæres, l. Si pignori, ff. Famil. erciſcund.* Sic Barthol. *in dict. l. Alio, numer.* 21. *ff. de Alim. & cibar. leg.* Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dubio* 46. *numer.* 8. Carpius *dict. cap.* 3. *concl.* 11. & multi alij, quos referunt.

88 Omnia prædicta circa poteſtatem vendendi, & exequendi contenta in teſtamento executori conceſſam, intelliguntur poſt aditam hæreditatem: quia ſine aditione hæreditatis nihil valent contenta in teſtamento, *l. Si nemo, ff. de Teſtamentar. tutel. l. Si nemo, ff. de Regul. jur. & l.* 2. *ff. de Fideicommiſſar. libert.* Atque ita docent Barthol. *in dict. l. Alio, numer.* 7. & cum alijs Sanch. *dict. dub.* 46. *numer.* 13. Item vt executor vendere & exequi poſsit, debet priùs requirere hæredem, vt declarat, & probat latè idem Barthol. *numer.* 17. *& ſequentib.* tenentque alij, quos refert & ſequitur Sanch. *vbi ſupra, numer.* 19. Id verò intelligitur primò, niſi hæres ſe ſubtrahat, & præſentiam executoris effugiat. Secundò, niſi res ſit adeo expedita, & manifeſta, vt executor minimè indigeat informatione, vel exploratione voluntatis hęredis. Tertiò, niſi pupillus eſſet hæres, & tutor executor; nam tunc non tenetur requirere pupillum ad vendendum. Quas omnes limitationes, relatis alijs tradit Sanch. *loc. citat. num.* 20.

Illud denique hîc notandum quan- 80
tumuis executori conceſſa ſit libera facultas vendendi, non poſſe ſibi quidquam emere, vel comparare ex bonis teſtatoris, neque per ſe, neque per interpoſitam perſonam, vt conſtat per *l. In emptione, §. vltim. & l. Non licèt, ff. de Contrah. empt.* vbi generaliter cavetur, ne ij, qui aliena gerunt negotia, quidquam per ſe, vel per alium emant de rebus, circa quas eorum officium verſatur; idque ſub pæna quadrupli, vt habetur in *dict. l. Non licet.* Hanc verò prohibitionem limitant nonnulli apud Caldas Pereir. *de Emption. cap.* 17. *numer.* 9. *&* 12. vt non procedat, primò, quando executor palam, & bona fide emerit. Secundò, quando ſunt plures executores, & vnus emit de licentia alterius, qui authoritatem ad vendendum habeat. Tertiò, quando res à teſtatore relictæ debent vendi, & alius emptor non reperitur. Quartò, quando res fuit vendita alteri, qui pretium non ſoluit. Quantum autem ponderis hæ limitationes habeant, vide apud eundem Caldas *loc. citat.* & apud Azor *p.* 3. *lib.* 8. *cap.* 3. *§. penult. & cap.* 4. *q.* 3.

Iure autem Luſitano idem veta- 99
tur *lib.* 1. *Ordinat. titul.* 62. *§.* 7. vbi cavetur, vt neque ſibi, neque alteri poſsint hi executores dicta bona emere, aut obtinere, quanuis publica judicis authoritate vendantur: & ſi ſecus fecerint, talis contractus ſit nullus, & res empta reliquis bonis defuncti aggregetur, ipſeque executor amittat Reſiduo valorem talis rei in duplum, niſi oſtendat ſibi fuiſſe relictā à teſtatorę.

Atque eadem prohibitio habetur in aliquibus, & fortè in omnibus Conſtitutionibus Epiſcopalibus hujus Regni, quæ conſulendæ ſunt.

§. 4. *An, & qua ratione ad executorem pertineat ſoluere legata, & debita defuncti?*

SUMMARIUM.

A*D executorem pertinet ſoluere legata defuncti, vel ſaltem curare, vt ab hærede ſoluantur. Et quæ circa hoc ſit differentia inter executorem particularem, & vniuerſalem? num.* 91.

Similiter ad executorem ſpectat ſoluere debita defuncti, quæ in teſtamento jubentur ſolui. Et ſi ſit executor vniuerſalis, etiam debita non contenta in teſtamento ſoluere tenetur, num. 92.

Quando teſtator executori commiſit, vt exoneraret ejus conſcientiam, vel ſolueret ejus debita, poteſt, & debet ſoluere non ſolùm debita, quæ in foro externo poſſunt exigi, ſed etiam quæ in ſolo foro conſcientiæ debentur. Non poſſunt autem ſolui cum præjudicio aliorum creditorum, vel legitimæ ipſi hæredi debitæ, ob ſolam confeſsionem teſtatoris, num. 93.

Quando teſtator juſsit diſtribui inter pauperes aliquam quantitatem pro malè ablatis, quorum dominus eſt incertus, an tunc ea diſtributio facienda ſit per Epiſcopum, vel per ipſum executorem? num. 94.

Executor teſtamentarius non poteſt inuito hærede capere rem legatam, vt tradat legatario: curare autem, debet, vt mediante judice id fiat, num. 95.

91 RESpondeo, & dico primò. Ad executorem pertinet ſoluere legata defuncti, vel ſaltem curare vt ab hærede ſoluantur. In hac concluſione DD. omnes videntur conuenire, vt ex dictis, & dicendis conſtabit, pluresque pro ea refert eos ſequens Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 47. *num.* 1. Et patet ſatis ex verbis, quibus teſtatores ſolent executores nominare, quæ ita ferme ſe habent, *Ad implendum omnia contenta in hoc meo teſtamento nomino in teſtamentarios meos N. N.* Dixi, *vel ſaltem curare*, &c. Nam quando executor eſt particularis, licèt non poſsit reſiſtente hærede capere rem legatam, vt tradat legatario; at poteſt, & tenetur curare, vt ipſe hæres ſoluat, compellendo eum mediante judicis authoritate, ſi opus fuerit; prout infra explicabitur. Si autem ſit executor vniuerſalis, cùm in tali caſu non detur hæres, qui ſoluere poſsit, ipſi omnino incumbit ſoluere legata, & implere cætera omnia contenta in teſtamento, cùm ipſe tunc locum hæredis habeat.

Dico ſecundò. Ad executorem quoque ſpectat ſoluere debita defuncti, quæ in teſtamento jubentur ſolui. Ita Sanch. *d. dubio* 47. cum Mattienzo, Nauar. & Petr. Nauarra, quos refert. Et conſtat apertè ex proximè dictis, cùm eadem de his debitis ſit ratio, atque de legatis. Dixi autem, *Quæ in teſtamento jubentur ſolui:* quia ad officium executoris teſtamentarij ſolùm ſpectat exequi contenta in teſtamento: alia autem debita, hæredis erit ſoluere. Sic cum doctis Iuriſperitis Sanch. *vbi ſup.* quem ſequitur Cardin. Lugo *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 16. *num.* 333. Id verò intellige, niſi executor ſit vniuerſalis: cùm is locum habeat hæredis, ac proinde ad illum omnino ſpectet quælibet onera hæreditaria implere, etiamſi in teſtamento non ſint ſcripta. 92

Dico tertiò. Quando teſtator commiſit executori, vt exoneret ejus conſcientiam, vel ſoluat ejus debita, poteſt, & debet ſoluere non tantùm ejus debita ciuilia, id eſt, quæ poſſunt exigi in foro externo, ſed etiam naturalia, quæ ſcilicet in ſolo foro conſcientiæ debentur. Patet, quia vtraque ad exonerationem conſcientiæ 93

entiæ defuncti ſpectant. Et ita docet relatis alijs Sanch. *d. dub. 47. num. 3.* qui benè cum Mattienzo addit, ex hac diſpoſitione teſtatoris ſolùm poſſe ſolui debita naturalia cum præjudicio hæredum, non verò aliorum creditorum, niſi verè debitum probetur. Quam probationem non facit ſola confeſsio teſtatoris: hæc enim ſolùm habet rationem legati, quod hæredibus præjudicat, non verò creditoribus. Vnde nec ipſis hæredibus præjudicat in legitima, ſi eis debita ſit, vt eſt communis & certa DD. ſententia.

94 Quòd ſi teſtator juberet diſtribui aliquam quantitatem pauperibus pro male ablatis, quorum dominus ſit incertus, credunt aliqui, ſi ea ſint acquiſita per vſuram, non poſſe pro eis nominare alium executorem, quàm Epiſcopum: ſi verò ſint aliâ viâ injuſtè acquiſita, tunc per ſolum executorem à teſtatore nominatum fieri poſſe eorum reſtitutionem, ſi per ſolam confeſsionem teſtantis de eo debito conſtet. Si verò aliunde id conſtet, debere eam reſtitutionem fieri cum conſilio Epiſcopi. At Sanch. *d. dub. 47. num. 5. & 6.* veriùs eſſe oſtendit, quòd in omnibus his caſibus poteſt reſtitutio fieri per ſolum executorem abſque interuentu Epiſcopi.

95 Dico quartò. Executor teſtamentarius non poteſt inuitò hærede capere rem legatam, vt tradat legatario: licèt autem hæres contradicat, & nolit ſatisfacere legatario, nòn manet per hoc deobligatus executor ab vrgenda executione, mediante judicis authoritate. Ratio prioris partis eſt, quia executor, cùm ſit perſona priuata, non poteſt per vim expellere hæredem à poſſeſsione. Alia pars inde conſtat, quia ad officium executoris ſpectat curare, vt contenta in teſtamento executioni mandentur; & conſequenter, ſi non poſsit ſola ſua authoritate id efficere, vt fiat authoritate judicis. Atque ita cum alijs docet Sanch. *d. dub. 47. num. 7. & 8.* Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 248. §. Quod ad vltimum, fine,* & Cardinal. Lugo *tom. 2. de Iuſtit. diſp. 24. ſect. 16. numer. 333.*

§. 5. *Vtrum executor poſsit agere aduerſus hæredes, vel alios hæreditatis poßeſſores, vt tradant bona ad exequendum teſtamentum?*

SUMMARIUM.

Reſoluitur quæſtio negatiuè. Poſſunt autem executores implorare officium judicis, vt cogat hæredes, vel poſſeſſores bonorum defuncti, tradere quæ neceſſaria ſunt ad exequendam ejus voluntatem: judexque eos cogere tenetur, num. 96.

Intelligitur verò prædicta reſolutio principalis primò, niſi teſtator expreſsè cõceßerit executori facultatem agendi contra dictos hæredes, & poſſeſſores, num. 97.

Intelligitur ſecundò, niſi executor ſit mixtus, cui ſcilicet pars legati, vel integrum legatum, cum onere reſtitutionis relictum eſt, num. 98.

Intelligitur tertiò, niſi legata ſint pia, numer. 99.

Executor poteſt petere de bonis defuncti expenſas, quas fecerit in exigendis rebus, quæ ad peragendam executionem præſtari debent, num. 100.

Reſpondetur negatiuè, per *l. Lucius, §. Meuia, ff. Ad Trebell.* & ita cum Panorm. Couar. Sylu. & alijs docent Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſput. 248. §. Quod ad vltimum, poſt medium,* & Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 48. numer. 1.* eſtque communis ſententia. Poſſunt autem executores implorare officium judicis, vt cogat hæredes, & quoslibet alios poſſeſſores bonorum defuncti, vt tradant quæ neceſſaria ſunt ad exequendam voluntatem defuncti, vt citati DD. notunt; ipſeque judex illos cogere tenetur, vt habetur *in l. Quintus Mutius, in fine, ff. de Annuis legatis, & in l.* 96

Hæreditas, ff. de Petit. hæredit. & affirmat cum alijs Molina *vbi ſup.*

97 Limitatur autem præfata reſolutio principalis primò, niſi teſtator expreſsè conceſſerit executori facultatem agendi contra dictos hæredes, vel poſſeſſores. Nam tunc benè poterit contra illos agere, vt tradant neceſſaria ad executionem teſtamenti, ſi ſponte id facere recuſent. Ita Molina & Sanch. *loc. cit.* cum alijs, quos referunt.

98 Limitatur ſecundò, niſi executor ſit mixtus, cui ſcilicet pars ipſius legati, vel integrum legatum, cum onere reſtitutionis relictum eſt. Talis enim executor agere poteſt vt legatarius ad illud legatum obtinendum, ſicut quilibet alius legatarius ad legatum ſibi relictum; vt habetur *in l. Si Titio, aut Seio, & l. Siquis. Titio, in princip.* vbi Barthol. *ff. de Leg. 2. & in l. Si legatarius, ff. de Leg. 3.* & tradunt relatis alijs Molina, & Sanch. *loc. citat.*

99 Limitatur tertiò, vt non procedat in legatis pijs. Ad hęc enim implenda poteſt executor agere aduerſus hæredes, & quoſcumque poſſeſſores bonorum defuncti: ſic Panorm. *in cap. Ioannes, de Teſtament. num.* 4. Couar. *ibid. numer.* 5. Sylu. *verb. Teſtamentum, 2. q. 5. dicto 2.* Molina *d. diſp.* 248. *§. Quod ad vltimum,* & cum alijs Sanch. *vbi ſupra.* Fundamentum ſumitur ex *l. Nulli, & ex l. Siquis ad declinandam, Cod. de Epiſcop. & cleric. & ex l. Alio, ff. de Alim. & cibar. leg.* Quæ leges quanuis ſolùm ſpecialiter loquantur de quibuſdam legatis pijs, nēpe de relictis ad redemptionem captiuorum, vel ad eleemoſynas pauperum, vel de alimentis legatis: attamen ex identitate rationis ad cætera relicta pia extenduntur. Nam vt rectè notauit Gloſ. *in d. l. Alio,* ratio decidendi illius legis eſt, eoquod cauſa ſit pia.

100 Hìc tandem nota, quaſcumque expenſas executor fecerit in exigendis rebus ad executionem peragendam, poſſe de bonis defuncti illas petere; cùm in vtilitatem illius factæ ſint. Sic Couar. *in d. cap. Ioannes, fine,* Archidiac. Ioan. Andr. & Dominic. *ibid.* Molina *d. diſput.* 248. *§. penult. fine,* & cum alijs Sanch. *d. dub.* 48. *num.* 2.

§. 6. *Vtrum executores poſſint recedere à diſpoſitione teſtatoris, commutando eam in aliud æquè, aut magis bonum; ſaltem cum conſenſu Epiſcopi vel Summi Pontificis?*

SVMMARIVM.

Quando diſpoſitio teſtatoris in propria ſpecie impleri poteſt, tam de iure, quàm de facto, non poteſt executor eam commutare in aliud, etiam longè vtilius; num. 101.

Legatum certæ perſonæ relictum, neque de conſenſu Summi Pontificis tali perſonæ auferri poteſt, niſi in aliquo raro caſu, in quo vrgens neceſſitas publica id poſtulet; num. 102.

Legatum relictum ad aliqua pia opera, vel vſum publicum, commutari poteſt de conſenſu Summi Pontificis, vel Principis. Et vtrum ad hoc requiratur, vt interueniat iuſta cauſa? numer. 103. *& ſeq.*

Vtrum Epiſcopus poſſit ex iuſta cauſa commutare pia legata publica? numer. 105. *& ſeq.*

Legatus à latere, abſque authoritate Summi Pontificis, commutare non poteſt legata pia; num. 107.

Vtrum ex facultate Epiſcopi poſſit legatum ad certum vſum pium conuerti in alium vſum pium meliorem? num. 108. *& ſeq.*

Quando diſpoſitio teſtatoris eſt impoſſibilis de iure vel de facto, ſi quidem primariò ſit facta in vtilitatem ſpiritualem ipſius teſtatoris, non perit legatum, ſed conuerti debet per executores in aliud pium opus. Et idem ſuo modo eſt, quando diſpoſitio eſſet facta ad vtilitatem temporalem, ſeu honorem teſtatoris; num. 110. *Id verò intelligitur, niſi teſtator expreſsè diſpoſuiſſet, vt in tali caſu legatum remaneret hæredi. Et quid,*

quid, ſi teſtator ſolùm dixiſſet quod legatum non poſſet conuerti; in alium vſum? num. 111.

Quando legatum eſt conuertendum in alium vſum, eoquod non poſsit impleri in propria ſpecie, conuerti debet in vſum ſimilem ei, quem teſtator deſignauit; num. 112.

Hæc commutatio non eſt facienda arbitrio ſolius executoris, ſed etiam Epiſcopi, ſi legatum ſit pium, & cùm conſenſu hæredis & legatarij; num. 113.

Quando legatum non poteſt impleri in propria ſpecie, niſi cum magna difficultate, perinde poteſt conuerti in alium vſum, atque ſi eſſet impoſsibile. Et quid ſi relictum ſit in aliquem vſum nô neceſſarium? num. 114.

Si diſpoſitio teſtatoris de jure, vel de facto impoſsibilis principaliter ſit facta in vtilitatem alterius perſonæ, vt v.c. alicujus conſanguinei, non poteſt legatum commutari in aliud, ſed remanet hæredi; num. 115.

Si teſtator reliquit centum Titiæ pro dote, vt nuberet, illa verò ante nuptias è vita deceſsit, an tale legatum pereat, vel conuertendum ſit in aliud? numer. 116.

Si teſtator diſpoſuit, vt pro malè ablatis diſtribuerentur, v.c. mille, & ſolùm reperitur, malè ablata eſſe 500. *an tunc alia* 500. *remaneant hæredi, vel diſtribuenda ſint in aliquem vſum pium? num.* 117.

Quid, ſi teſtator pro malè ablatis, vel ex deuotione, juſsiſſet conſtrui Oratorium, præſcriptâ ejus formâ, & ad id reliquiſſet mille aureos; ex ijs verò aliquid ſupereſſet? num. 118.

101 DVo principales caſus in hac quæſtione diſtinguendi ſunt. Vnus eſt, quando diſpoſitio teſtatoris in propria ſpecie tam de jure, quàm de facto impleri poteſt. Alter eſt, quando in propria ſpecie impleri non poteſt, eoquod vel de facto, vel de jure ſit impoſsibilis.

In primo caſu, concors DD. ſententia eſt, non poſſe executorem teſtamentarium recedere à diſpoſitione teſtatoris, ſed teneri eam implere in propria, & ſpecifica forma, etiamſi loco illius aliud longè vtilius ſe offerat: ita ſumitur ex *cap. Tua nobis, de Teſtament.* & alijs juribus infra citandis. Et patet ratione, quam tradit Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſput.* 249. *in princip.* quia vnicuique integrum eſt in quoſcumque licitos vſus bona ſua expendere, & applicare: neque priuatus quiſquam poteſt in hoc vllum ei præjudicium inferre. Confirmatur, quia executor teſtamentarius non habet aliam poteſtatem ſuper bonis defuncti, quàm quæ ab illo ei conceſſa eſt: defunctus autem ſolùm ei conceſsit facultatem exequendi ſuam diſpoſitionem; non verò quod ei melius, aut vtilius videbitur.

Difficultas verò eſt, an cum conſenſu, 102
& authoritate Epiſcopi, vel ſaltem Summi Pontificis, aut ſupremi Principis, poſſit executor commutare diſpoſitionem teſtatoris in aliud opus æquè, aut magis vtile? Qua in re diſtinctione opus eſt: nam vel loquimur de diſpoſitione, qua legatum relinquitur alicui perſonæ certæ. Et hoc, neque de conſenſu Summi Pontificis, vel Principis tali perſonæ auferri poteſt, niſi in aliquo raro caſu, in quo vrgens neceſsitas publica id exigat. Quia illa perſona ſtatim poſt mortem teſtatoris acquirit jus, vt legatum ſibi ſoluatur: Princeps autem non poteſt præjudicare ſubditis in jure jam ipſis quæſito, niſi in caſu publicæ & valde vrgentis neceſsitatis, vt eſt notiſsimum.

Vel loquimur de legato relicto ad ali- 103
qua pia opera, vel vſum publicum. Et hoc certum eſt, poſſe de conſenſu Summi Pontificis, vel Principis commutari in alium vſum. Dubitant verò DD. vtrùm Pontifex, vel Princeps poſsit hanc commutationem concedere pro libito, vel ſolùm ex juſta cauſa? Poſſe pro libito tenent Armilla, *verb. Legatum, num.* 55. Tabiena, *verb. Legatum,* 2. *numer.* 12. Angel. *ibid. num. etiam,* 12. Sylu. *verb. Legatum,* 4. *q.* 12. & 13. & alij, quos refert

fert Sanch. *loco infra citat.* Ducuntur, quia in omni legato ad vſum publicum, vel cauſam piam, ineſt tacita conditio, *Si Princeps, vel Pontifex aliud non diſpoſuerit:* vnde quemadmodum quando legatum relinqueretur Petro ſub conditione, *Si paulus non contradixerit*, poteſt Paulus liberè contradicere, & legatum reuocare, ſic etiam in preſenti poteſt Princeps, vel Pontifex liberè talia legata reuocare, & conſequenter dare liberam facultatem commutandi illa in alium vſum.

104 Alij verò longè probabiliùs docent, non poſſe Principem nec Summum Pontificem, dictam commutationem concedere abſque juſta cauſa. Sic Pinel. *in Rubr. Cod. de Reſcind. vendit. p. 1. cap. 2. num.* 19. Molina Theol. *tom. 1. de Iuſtit. diſp.* 249. *§. Vtrum autem*, Molina Iuriſta *lib. 4. de Primogen. cap.* 3. *num.* 10. Barthol. *in l. finali, Cod. Si contra jus*, Fagundez *de Contractib. lib. 6. cap. 5. num.* 11. & multi alij quos citat & ſequitur Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 2. dub.* 1. *num.* 3. *cum ſeq.* Ratio eſt, quia licèt talia legata intelligantur relicta cum ſubordinatione ad diſpoſitionem Principis, vel Summi Pontificis; at non ſubordinantur illis tanquam domini s, ſed tanquam diſpenſatoribus rerum communium, ideſt, ad bonum Reipublicæ, & animarum ſpectantium: diſpenſator autem non poteſt pro libito diſpenſare, ſed ex cauſa rationabili, & voluntate juſta præſumpta domini, nempe teſtatoris. Vnde planè corruit fundamentum prioris ſententiæ.

105 Dubitabitur præterea, vtrùm etiam Epiſcopus poſsit ex juſta cauſa legata pia publica commutare? Prima ſententia affirmat. Hanc tenent Angel. *verb. Legatum*, 2. *num.* 12. *&* 14. Roſel. *verb. Legatus, num.* 9. Sylu. *verb. Legatum*, 4. *q.* 12. Armil. *verb. Legatum, num.* 55. *&* 56. Tabien. *verb. Legatum*, 2. *num.* 12. *&* 14. Emman. Sà, *verb. Legatum, num.* 1. & alij apud Sanch. *loc. infra citat.* Idem relatis alijs docent Auguſt. Barboſ. *de Offic. Epiſc. p.* 3. *allegat.* 73. *num.* 5. & Baunius mordicùs hanc ſententiam ſuſtinens *tom.* 3. *Theolog. moral. tract.* 9. *q.* 31. Quod ſi opponas *Clement. Quia contingit, de Religioſ. domib.* vbi dicitur, quod piè à fidelibus relicta non poſſunt commutari in alium vſum abſque authoritate Sedis Apoſtolicæ, quæ Clement. fuit innouata per *Trid. ſeſſ. 7. cap. vltim. & ſeſſ. 25. cap. 8. de Reform.* Reſpondent id intelligi, quando non ſubeſt juſta cauſa.

Contrariam nihilominus ſententiam 106
tenent meritò Imola *in d. Clem. Quia contingit, num.* 9. Guttier. *in l. Nemo poteſt, ff. de Legat.* 1. *num.* 82. Cardinal. *ibid. q.* 5. Couar. *in cap. Tua, de Teſtam. num.* 7. Pinel. *in Rubr. Cod. de Reſcind. vendit. p.* 1. *cap.* 2. *num.* 19. Bald. *in l. Siquis ad declinandam, Cod. de Epiſcop. & cleric. num.* 9. Barth. *in l. Legatum, ff. de Vſufructu leg. num.* 4. Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 249. *§. Verum autem*, Vuading. *tract. de Contractib. diſp.* 4. *dub.* 13. *§.* 6. *num.* 3. Fagund. *de Contract. lib. 6. cap. 5. num.* 11. Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 2. dub. 2. num.* 5. Carpius *de Execut. teſtament. lib. 3. cap.* 4. & multi alij, quos referunt. Probatur primò ex *d. Clement. Quia contingit*, in qua hujuſmodi commutatio expreſsè reſeruatur Summo Pôtifici. Quod intelligitur quando ſubeſt juſta cauſa: nam ſi ea non ſubſit, neque ab ipſo Summo Pontifice fieri poteſt, vt *ſupra, num.* 104. probatum eſt. Secundò ex *Concil. Trid. ſeſſ. 22. cap. 6. de Reform. juncto cap.* 1. nam cùm in hoc ſtatuiſſet, vt diſpenſationes à Sede Apoſtolica emanatæ examinentur ab Epiſcopis, vt videant an ſubreptitiè fuerint impetratæ, poſtea *in d. cap. 6.* hoc ipſum ſpecialiter ſtatuit circa commutationes vltimarum voluntatum, injungendo Epiſcopis, vt tanquam delegati Sedis Apoſtolicæ ſummariè cognoſcant, & diſpiciant, an preces, quibus impetratæ fuerunt, veritate nitantur: quo planè oſtenditur, non concedi Epiſcopis, etiam tanquam delegatis Sedis Apoſtolicæ, vt poſsint commutare vltimas voluntates, ſed ſolùm vt poſsint expedire diſpenſationes, quæ à Sede Apoſtolica circa illas emanauerint. Accedit,

cedit,

Digitized by Google

cedit, quòd in eadem *ſeſſ. 22. cap.* 8. Epiſcopis injungitur, vt exequantur, & exequi faciant pias defunctorum diſpoſitiones. Vnde non ad eas commutandas, ſed ſolùm ad exequendas habent poteſtatem. Tertiò ex *l. 4. & l. Legatum, ff. de Adim. legat. rerum ad ciuit. pertin.* vbi dicitur, hujuſmodi commutationem ſpectare ad Principem. Qui in cauſis ſpiritualibus & pijs, eſt ſolus Papa. Quartò denique ratione, quia voluntas teſtatoris ad certum vſum diſponentis ſeruanda eſt tanquam lex, *cap. Vltima voluntas,* 13. *q.* 2. ſolius autem Principis eſt diſpenſare in lege.

107 Ex quibus colliges, neque Legatum à latere, abſque authoritate Sedis Apoſtolicæ, poſſe dicta legata commutare, ad idvè facultatem concedere, vt notant Imola *d Clem. Quia contingit, de Religioſ. domib. num.* 9. Cardinal. *in l. Nemo poteſt, ff. de Leg.* 1. *q.* 5. & Sanch. *d. dub.* 2. *fine.*

108 Dubitatur tandem, vtrùm ſaltem poſſit legatum ad certum vſum pium conuerti in alium vſum pium meliorem, ex facultate Epiſcopi; vt ſi teſtator mandauit fieri Hoſpitale ad vſum pauperum, an executores poſſint de licentia Epiſcopi, & hæredis facere domum Religioſam? Affirmant aliqui apud Sanch. ſtatim citandum. Primò, quia hoc cedit in fauorem animæ defuncti. Secundò, quia qui meliùs facit, non aliud ſed idem facit, *cap. Peruenit, 2 de Iurejur.* Tertiò, quia ſatis eſt formam mandati facere per æquipollens, *l. fin. ff. Mandati.* Oppoſitum nihilominus tanquam verius tenet cum alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 2. *dub.* 3. *num.* 2. idemque ſentit Molina *d. diſput.* 249. *§. Vtrum autem.* Et meritò, quia reuerà per talem commutationem non ſeruatur voluntas teſtatoris, quæ inſtar legis ſeruanda eſt: & non licèt omittere legem vt aliud meliùs fiat.

109 Neque obſtant in contrarium adducta; quæ quidem ſi vim haberent, planè probarent, quòd etiam abſque Epiſcopi diſpenſatione poſſet executor, hærede conſentiente, illam commutationem facere; quod nullo modo admittitur. Quare ad primum dicendum, non ſatis eſſe, quòd aliquid ſit vtilius animæ defuncti, ad hoc vt liceat ab ejus voluntate recedere. Ad ſecundum dicendum, tunc quod melius eſt; non cenſeri diuerſum, quando in ſubſtantia eſt idem, & ſolùm quoad aliquid ſuperadditum redditum eſt meliùs. In præſenti autem mutaretur legatum in aliud ſimpliciter diuerſum, nempe in conſtructionem monaſterij, quod eſt quid omninò diuerſum ab Hoſpitali. Ad tertium denique dicendum cum Rocho de Curte, *tract. de Iure patron. verb. Conſtruxit, num.* 23. illam regulam intelligi, quando res ſunt omnino æquipollentes: monaſterium autem & Hoſpitale non æquipollent omnino; cùm ſint res valde diuerſæ rationis, vt patet.

In alio caſu, quando ſcilicet diſpoſitio 110
teſtatoris ſiue de jure, ſiue de facto eſt impoſſibilis, diſtinguendum etiam eſt. Nam vel diſpoſitio eſt facta primariò, & principaliter in vtilitatem ipſius teſtatoris, ſiue ſpiritualem, vt ſi eſt facta ad cauſam piam, ſiue temporalem, & humanam, vt cùm teſtator præciperet fieri aliquod opus ad conſeruandam ſui memoriam, celebrandamuè famam, &c. vel eſt facta principaliter in vtilitatem alterius, vt cùm aliquid legatur conſanguineo, vt nubat vel ordinetur ſacerdos, aut quid ſimile, non reſpiciendo ad cauſam piam.

Quando diſpoſitio facta eſt primo modo propter vtilitatem ſpiritualem; tunc ſi nequeat fieri illud opus pium, quod teſtator fieri præcepit, conueniunt DD. non perire legatum, ſed conuerti debere per executores in aliud pium opus. Et ita expreſsè habetur *in cap. Nos, de Teſtam.* cui conſonat loquendo in quodam particulari caſu, Concil. Trid. *ſeſſ.* 25. *cap.* 8. *de Reform.* ſumiturque ex *l. Legatum, ff. de Vſufructu legat.* Et ratio eſt quia cùm principale intentum teſtatoris legantis ad certum opus pium fuerit conſulere bono animæ ſuæ, licèt non poſſit habere effectum in opere per teſtatorem deſignato, attamen poteſt illum habere in alio pio opere: & ideo, ne teſtator ſua principali

pali voluntate, & intentione fraudetur, debet legatum conuerti in aliud opus pium, quando quod deſignatum eſt, fieri non potuerit. Quæ ratio idem cum proportione probat, quando diſpoſitio eſt principaliter facta ad vtilitatem temporalem, ſeu honorem teſtatoris; at tunc etiam relictum pro opere deſignato per teſtatorem, ſi in propria ſpecie impleri non poſſit, conuerti debeat in aliud poſſibile ipſi teſtatori honorificum. Ad quod eſt textus celebris *in d. l. Legatum, ff. de Vſufr. leg.* vbi cùm legatum fuiſſet relictum ad quoddam ſpectaculum illicitum in ciuitate exercendum, memoriæ defuncti conſeruandæ gratiâ, reſoluit Iuriſconſultus, cùm illud ſpectaculum fieri non poſſit, conuertendum eſſe in aliud, quo memoria teſtatoris licitè celebretur.

Intelligenda verò eſt præfata reſolutio,
111 niſi teſtator expreſsè diſpoſuiſſet, vt ſi opus à ſe deſignatum impediretur, aut fieri non poſſet, pertineret legatum ad hæredem. Sic Barth. *in d. l. Legatum, numer.* 3. Syluest. *verb. Legatum,* 4. *q.* 12. Tabien. *verb. Legatum,* 2. *num.* 12. & cum alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 2. *dub.* 4. *num.* 6. Si autem teſtator ſolùm dixiſſet, quòd legatum non poſſit conuerti in alium vſum, quàm à ſe deſignatum, tunc ſi in talem vſum expendi non poſſit, non remanet hæredi, ſed adhuc in eo caſu cõuertendum eſt in alium vſum, vt cum Syluest. Armil. Tabien. & alijs notat idem Sanch. *num.* 5. Quia voluntas teſtatoris exponenda eſt, ſecundùm jus commune, vt potiùs res valeat, quàm pereat, *cap. Abbate, de Verb. ſignif.*

Notandum hìc etiam eſt, quòd quan-
112 do, juxta præfatam doctrinam, legatum eſt commutandum in alium vſum, eo quod non poſſit impleri in propria ſpecie, conuerti debet in vſum ſimilem ei, quem teſtator deſignauit. Sic docent Bald. *in Repetit. l.* 1. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ. num.* 16. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Reliquit, numer.* 17. *de Teſtament.* Sanch. *lib.* 1. *de Matrimon. diſp.* 33. *numer.* 30. *poſt med. & lib.* 4. *Opuſc. cap.* 2. *dub.* 6. *num.* 2. Bened. Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* 1. *p. initio, num.* 36. *& p.* 3 *§.* 3. *num.* 16. Mendez de Caſtro *in Praxi Luſit. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 8. Auguſt. Barboſ. *lib.* 3. *juris Eccleſiaſt. cap.* 27. *num.* 54. eſtque communis ſententia, licèt aliqui ſolùm dicant, debere illud legatum conuerti in aliquod aliud, ita ut quoad fieri poſſit voluntas teſtatoris ſeruetur. Ita cum Panorm. Couar. & alijs docet Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 249. *§. Quando aliquid:* quod reuerà in idem recidit. Ratio patet, quia ipſum jus naturale dictat voluntatem teſtatoris impleri debere eo modo, quo poteſt: ergo quando non poteſt impleri in ſpecie à teſtatore aſsignata, implenda eſt in alia ſimiliori, & proximiori menti ipſius teſtatoris. Et ita planè colligitur ex *d. l. Legatum, ff. de Vſufructu leg.* vbi legatum relictum ad ſpectaculum prohibitum ſingulis annis faciendum pro conſeruanda memoria teſtatoris conuerti jubetur in aliam rem licitam, qua teſtatoris memoria celebretur, & ex Concil. Trident. *ſeſſ.* 25. *cap.* 8. *de Reform;* ibi; *Qui eorum inſtitutioni proximior ſit, ac pro loco & tempore vtilior.*

Notandum præterea, dictam commu- 113
tationem non eſſe faciendam arbitrio ſolius executoris, ſed etiam Epiſcopi, quando legatum commutandum, eſt pium, vt tradit Molina loco proximè citat. cum Panormit. Couar. & alijs, dicens eſſe cõmunem ſententiam, quam probat. tum ex *cap.* 3. *de Teſtam.* tum ex *d. l. Legatum;* ibi; *Legatum factum ciuitati ad ſpectaculum illicitum, conuertendum eſt in vſum licitum, adhibitis hæredibus, & primoribus ciuitatis.* Et quidem ad Epiſcopum ſpectare hujuſmodi commutationem facere, docet etiam, relatis plurimis, Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 2. *dub.* 5. vbi addit, vltra Epiſcopum, requiri etiam conſenſum hæredis, & legatarij, juxta textum proximè adductum ex *d. l. Legatum,* vbi ſic tenet Gloſ. & Barthol. *num.* 4. qui per verbum, *Hæredibus,* in d. textu intelligit, tum hæredem à quo legatum debetur; tum eos, quibus relinquitur. Et ita etiam tenent Petrus de Peruſio, Armil.

Ta-

Tabien. Angel. Roſel. Sylu. & Anchar. quos idem Sanch. refert. Si autem partes non concordent in dicta commutatione, judex erit medius, cujus authoritate fiat, argum. *l. 1. Cod. de Nupt.* Sic Barthol. *in dict. l. Legatum, numer. 5.* Syluest. Armil. Roſel. & alij, quos citat & ſequitur Sanch. *dict. dub. 5. numer. 3.* Notat etiam Felin. *in cap. Cum acceſsiſſent, de Conſtitut. numer. 20.* quòd quando cauſa eſt neceſſaria, licèt hæres non præſtet conſenſum, ſufficit Epiſcopus.

114 Quæ hactenus dicta ſunt circa commutationem legati, ob ejus impoſsibilitatem, intelligenda etiam ſunt, quando legatum poteſt impleri in propria ſpecie, at non niſi cum magna difficultate: quia quod eſt valde difficile, reputatur impoſſibile; & ita ſentiunt Dominicus *in cap. Canonicis, 19. diſt. & cap. Ab exordio, fine, diſt. 35.* Felin. *conſil. 42. numer. 37.* Cucus *lib. 2. Inſtit. maior. tit. 6. numer. 346.* & Sanch. *dict. dubit. 5. numer. 1.* Notat præterea idem Sanch. *numer. 4.* cum Syluest. Rocho de Curte & Barthol. legatum pro calice vel reparatione Eccleſiæ, quando ea non habet opus, poſſe commutari ab Epiſcopo; quia eſt impoſsibilitas facti. Quin etiam vult; & contendit cum alijs Couar. *in cap. Tua, de Teſtament. numer. 7.* pecuniam à teſtatore in vnum vſum non ita neceſſarium relictam poſſe ab Epiſcopo cõuerti in alium pium vſum Reipublicæ, ac Religioni Chriſtianæ valde neceſſarium, cui ſine maxima difficultate non poſſit aliunde ſubueniri. Ad quod adducit textum *in l. penult. ff. de Operibus publicis.* Sed reuerà hic textus id non probat, ſed potiùs contrarium. Sententiam tamen Couarruviæ amplectitur Sanch. *lib. 4 Opuſc. cap. 2. dub. 7. fine,* vbi alios pro ea refert.

115 Quando autem diſpoſitio eſt facta poſteriori modo, id eſt, principaliter in vtilitatem alterius perſonæ, vt alicujus conſanguinei, &c. tunc ſi in tali perſona impleri non poſsit, vt quia eſt mortua, antequam jus illi eſſet quæſitum, vel quia legatum repudiauit, aut eſt incapax illud capiendi, non poteſt tale legatum commutari in alium vſum, ſed remanet hæredi. Hæc eſt communis ſententia: & probatur facilè, quia tale legatum, vel habetur pro non ſcripto, vt quando relinquitur incapaci, vel fit caducum, aut quaſi caducum, vt cùm legatarius illud repudiauit, vel eſt mortuus antequam jus acquireret: & in omnibus his euentibus remanet hæredibus, vt conſtat ex *l. vnica, §. In primo, cum ſequentib. Cod. de Caduc. tollen. & alijs juribus:* executores autem non poſſunt priuare hæredes jure, quod habent ad illud retinendum; & conſequenter nequeunt illud commutare in alium vſum.

Ex dictis colliges, quid dicendum, ſi teſtator reliquit, v.c. centum Titiæ pro dote, vt nubere poſsit, illa verò antequam nuberet, è vita deceſsit? Diſtinguendum enim eſt: nam vel teſtator illud legatum reliquit intuitu pietatis, ad bonum animæ ſuæ, eo quod Titia eſſet pauper: & tunc non perit legatum, ſed eſt dandum alteri puellæ pauperi in dotem ad nubendum, juxta ſupra tradita *ſub numer.* 110. Vel reliquit illud contemplatione ipſius puellæ, & non cauſæ piæ, vt in remunerationem alicujus ſeruitij, vel quia erat conſanguinea, ſimiliuè de cauſa; & tunc intercidit legatum, & remanet hæredi, juxta *l. Intercidit, ff. de Condit. & demonſtr. & dict. l. vnicam, §. Sin autem aliquid ſub conditione, Cod. de Caduc. tollen.* conſtatque ex dictis *numer. præcedent.* Atque ita hanc diſtinctionem tradunt Panorm. *in cap. Nos, de Teſtament. numer. 14.* Mantica *de Conjectur. vltim. voluntat. lib. 8. titul. 5. fine,* Molina, *tom. 1. de Iuſtit. diſputat. 249. §. vltim.* & Sanch. *lib. 4. Opuſc. c. 2. dub. 4. num. 7.* qui alios referunt. In dubio autem præſumendum eſt, dotem illam fuiſſe relictam intuitu cauſæ piæ, vt citati DD. aduertunt. 116

Colliges præterea quid dicendum, ſi teſtator reliquit, v.c. mille, vt pro malè ablatis, & exonerandâ 117

ejus

ejus conſcientiâ diſtribuerentur, ſolùm autem reperiuntur malè ablata eſſe 500. quo caſu dubitatur an alia quingenta remanere debeant hæredi, vel potiùs eroganda in aliquem vſum pium? Communis reſolutio eſt, eroganda eſſe in vſum pium. Quia præſumitur teſtatorem læſam habere conſcientiam vſque ad totam quantitatem, quam diſtribui juſsit pro malè ablatis, etiamſi poſt ejus mortem ſolùm appareat, eum minus debere. Sic docent Panorm. *in cap. Tua, num. 7. de Teſtam.* Bald. *in l. Siquis ad declinandam, num. 10. Cod. de Epiſcop. & cleric.* Couar. *in cap. 3. de Teſtament. num. 10.* & multi alij, quos citat & ſequitur Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 2. dub. 4. numer. 9* &
117 Molina *d. diſp. 149. §. antepen.* qui rem magis explicans addit, ſi eſſet citra dubium, quod teſtator non deberet totam ſummam, quàm pro malè ablatis reſtituendis reliquit, neque eſſet veroſimile ex circûſtantijs cócurrentibus, quòd ad maiorem cautelam voluit, vt tota expenderetur; tunc exceſſum hæredibus cedere.

118 Similiter, ſi teſtator pro malè ablatis juſsiſſet conſtrui Oratorium, præſcriptâ ejus formâ, & ad id reliquiſſet mille aureos; ex ijs verò aliquid ſupereſſet: docent relatis alijs Couar. & Sanch. *vbi ſupra*, exceſſum illum non remanere hæredi, ſed deberi cauſæ piæ; ſecùs verò, ſi ex deuotione juſsiſſet conſtrui Oratorium talis formæ, mille aureis ad hoc relictis: tunc enim ſi aliquid ſuperſit, pertinere ad hæredem, cùm, ædificio illius formæ conſtructo, voluntati teſtatoris ſatisfactum ſit. At hoc ſecundum reprobat Molina *d. diſp. 249. §. pen.* & meritò cùm teſtator voluerit, vt tota illa ſumma inſumeretur in illo opere pio; & ſic præſumatur voluiſſe, vt ſi quid ſupereſſet, in vtilitatem ipſius Oratorij verteretur, non verò hæredis. Et præterea, quia in dubio præſumendum eſt pro cauſa pia, illique fauendum.

(:?:)

§. 7. Vtrum executor poſsit præuenire diem à teſtatore deſignatum pro diſtributione inter aliquas perſonas facienda?

SUMMARIUM.

Qvando teſtator præcepit, vt poſt aliquod tempus à ſe deſignatum aliquid daretur perſonæ incertæ de certis: vt v.c. vni puellæ ex proximioribus ſuis conſanguineis per executorem, vel hæredem eligendæ, non poteſt executio fieri ante tale tempus; numer. 119.

Si autem juſsit dari perſonæ, vel perſonis incertis de incertis, idest pauperibus: Quidam negant poſſe præueniri diem à teſtatore aſsignatum, num. 120. Alij verò probabiliùs affirmant, præterquam ſi appareat, diem fuiſſe aſsignatum à teſtatore in fauorem perſonarum, quæ poſt talem diem extarent, num. 121.

Vtrum ante tempus aſsignatum à teſtatore poſsit executor eligere pauperes, quibus adueniente eo tempore erogatio fieri debeat? num. 122.

Quando teſtator juſsit dari certæ perſonæ poſt aliquod tempus, poteſt legatum ei præſtari ante illud tempus, ſi hæres conſentiat; num. 123.

IN hac quæſtione tres caſus diſtinguendi ſunt. Unus eſt quando teſtator juſſit dari aliquid perſonæ, vel perſonis incertis de certis; vt ſi præcepit, quòd poſt ſex menſes, vel poſt mortem hæredis, daretur v.c. dos vni, aut duabus puellis ex proximioribus conſanguineis ipſius teſtatoris, quas executor, vel hæres elegerit. Alter eſt quando teſtator præcepit dari aliquid perſonæ, aut perſonis incertis de incertis; vt ſi abſolutè juſsit quòd poſt ſex menſes certa quantitas diſ-

diſtribueretur pauperibus. Tertius eſt, quando juſsit, vt poſt aliquod tempus aliquid daretur certæ perſonæ.

119 In primo caſu communis ſententia eſt, non poſſe executionem fieri ante diem à teſtatore aſsignatum, vt probat text. notabilis *in l. Cum pater, §. A filia, ff. de Legat. 2. in l. Filiusfamil. §. Diui, cap. 1. ff. de Legat. 1.* ex quibus juribus id fatetur Mantica *lib. 8. de Conjectur. vltim. volunt. titul. 5. numer. 20. in medio.* Et patet ratione euidenti, quia ſi ante illum diem detur legatum vni ex perſonis certis, de quibus teſtator ſenſit, id cedet, aut cedere poterit in præjudicium ipſarum perſonarum certarum, contra voluntatem teſtatoris: cùm euenire poſſit, vt perſona, cui legatum præmaturè ſolutum eſt, ante illum diem moriatur: & ſic quod ſuperſtitibus præjudicetur contra voluntatem defuncti, qui voluit vt legatum daretur vni ex ipſis perſonis certis, quæ poſt illum diem extabunt. Atque ita hanc ſententiam tuentur Gloſ. *in l. Poſt mortem, 12. Cod. de Fideicommiſſ.* & ibi Barthol. *numer. 2.* & plerique alij, Peregrin. *de Fideicommiſsis articul. 2. numer. 51.* & cum alijs Fuſar. *de Subſtitution. quæſt. 602. numer. 6.* multique alij apud Manticam, *vbi ſupra.* Aduerte autem per hoc non tolli, quominus executor poſsit ante illum diem eligere perſonam, cui tale legatum detur: at ea electio ſemper erit reuocabilis, donec dies ille adueniat, vt relatis plurimis benè docet Vaiaſc. *conſult. 102. num. 27.* & ipſi cum multis alijs tradidimus *in noſtro tract. de Cenſu, & emphyteuſi, 2. p. diſp. 6. ſect. 4. num. 49.* Et ſi contingat perſonam electam mori ante illum diem, eo ipſo reuocabitur, & irrita reddetur electio; ac ſubinde poterit, ac debebit eligi alia ex ſuperſtitibus, de quibus teſtator ſenſit: cùm ejus voluntas fuerit, vt legatum daretur vni illarum, quæ poſt talem diem extarent.

120 In ſecundò caſu, quando ſcilicet teſtator juſsit dari poſt aliquod tempus vni, aut pluribus perſonis incertis de incertis, id eſt pauperibus, multi ſentiunt, quòd tunc etiam non poteſt ante tale tempus fieri executio, ob præjudicium, quod inde ſequeretur pauperibus, qui poſt tale tempus extabunt: cùm teſtator voluerit, vt vni, aut pluribus de illis legatum daretur. Ita Barthol. *in dict. l. Cum pater, §. A filia, in fine per cum textum, ff. de Legat. 2. & in dict. l. Poſt mortem, numer. 2. Cod. de Fideicommiſſ.* Alex. *in l. Recuſare, §. vltim. numer. 13.* dicens eſſe communem ſententiam, *ff. Ad Trebel.* Bald. *in dict. §. A filia,* Imol. *ibid.* Angel. *in l. Stipulatio iſta, habere, §. Si quis dolum, numer. 6. ff. de Verbor. obligat.* Iaſ. *in dict. l. Poſt mortem,* vbi teſtatur de communi, Peralta *in d. §. A filia, num. 2.* & alij.

121 Contrariam tamen ſententiam tenent meritò Couar. *in cap. Tua, numer. 5. de Teſtament.* Anton. Gomez *in l. 17. Tauri, numer. 7.* Gregor. Lop. *in l. 6. verb. Si pudieren titul. 10. part. 6.* Menchaca *lib. 1. de Succeſsion. creat. §. 7. numer. 19.* Mantica *lib. 8. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 5. numer. 20.* Valaſc. *conſult. 102. numer. 27.* Rodrig. *in Summa tom. 2. cap. 156. numer. 5.* Vazq. *Opuſc. de Teſtament. cap. 9. §. 3 dubit. 1. numer. 76.* Bened. Ægyd. *in l. 1. Cod. de Sacroſ. Eccleſ. 2. p. in princip. numer. 33.* Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſput. 249. §. Placet tamen,* Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 2. dubit. 10. numer. 2.* & multi alij, quos referunt. Ratio eſt, quia cùm tam pauperes præſentes, quàm poſt diem aſsignatum futuri, ſint incerti, non intelligitur teſtator ad hos magis, quàm ad illos reſpexiſſe, ſed parem erga omnes habuiſſe miſericordiæ affectum; nihil obſtante, quòd juſſerit diſtributionem fieri poſt diem à ſe deſignatum, cùm ea dilatio intelligi poſsit conceſſa in fauorem hæredis & executoris, vt ſcilicet ante eum diem non teneretur legatum ſoluere. Vnde cùm alioqui honeſtius ſit opera pietatis non differri, idque cedat in maius bonum animæ ipſius teſtatoris, præſumendum eſt, non fore contra ejus voluntatē, ſed potiùs magis illi conforme, quòd ante illū diem erogatio fiat.

Id verò intelligendum eſt dummodo hæres conſentiat: illo enim inuito, certum eſt non poſſe per executorem fieri hujuſmodi præmaturam executionem: cùm teſtator legando in diem noluerit hæredem teneri legatum ſoluere ante diei aduentum. Intelligenda etiam eſt præfata reſolutio, niſi aliqua ratione appareat, diem fuiſſe aſsignatum per teſtatorem in fauorem perſonarum, quæ poſt talem diem extarent, vt ſolùm inter eas diſtributio fieret: veluti ſi crederet, maiorem tunc futuram eſſe earum indigentiam, vel aliquâ aliâ de cauſa: quod ſatis per ſe liquet, & aduertunt Mantica, & Molina *vbi ſupra.*

122 Vtrum verò ante tempus à teſtatore aſsignatum poſsit executor eligere pauperes, quibus adueniente illo tempore erogatio fieri debeat? Negat contra aliquos Simon de Prætis *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2 *numer. 75. & 76.* vbi ſi teſtator juſsit diſtribui aliqua bona poſt mortem hæredis, inter pauperes eligendos per ſuos executores, latè probat non poſſe ab eis fieri validã electionẽ viuẽte hærede, etiam de ejus conſenſu, vt poſt ejus mortem pauperes ſic præmaturè electi legatum conſequantur, tanquam ipſis jam debitum ex vi talis electionis. Quæ reſolutio mihi etiam probatur ea præcipua ratione; quia licèt electio & diſtributio facta ante diem à teſtatore aſsignatum, non videatur aliena à voluntate teſtatoris, ſed potiùs ei conformis ob rationem proximè aſsignatam, quod meliùs, & vtilius ſit non differri opera pietatis: attamen quòd ſola electio præmaturè fiat, reſeruata diſtributione, ſeu erogatione in tempus aſsignatum à teſtatore, nec melius, nec vtilius eſt, imò verò magnum habet inconueniens. Quia per eam electionem, nondum exercetur opus miſericordiæ à teſtatore intentum, cùm per eam non ſubleuetur miſeria pauperum, quibus pro tunc nihil erogatur: & ſi nihilominus eſſet valida, & tribueret jus pauperibus electis ad accipiendam poſtea eleemoſynam tempore deſignato; cùm hominum fortuna ſit variabilis, contingere poſſet, vt qui tempore electionis erant pauperes, poſtea tempore erogationis jam eſſent diuites, vel minùs pauperes, quibus pro tunc non eſſet meliùs dari eam eleemoſynam, ſed alijs pauperioribus. Vnde non poteſt præſumi, talem præmaturam electionem eſſe conformem voluntati teſtatoris; cùm nihil vtilitatis, ſed potiùs magnum inconueniens ex ea ſequi poſsit. Et ideo ante diem à teſtatore aſsignatum valida non eſt.

123 In tertio tandem caſu, quando ſcilicet teſtator juſsit dari certæ perſonę poſt aliquod tempus, vt poſt mortem hæredis, vera reſolutio eſt, executionem talis præſtationis fieri poſſe ante illud tempus, ſi hæres conſentiat, vt probat text. *in dict. l. Poſt mortem, Cod. de Fideicommiſsis*; & conſtat ratione, quia illud tempus cenſetur aſsignatum in fauorem hæredis, ne antea teneatur præſtare, *l. Eum qui, ff. de Annuis legatis*: cùm autem hæres ſuo fauori renunciare poſsit, planè ſi eo conſentiente præſtatio maturiùs fiat, nemini fit injuria, neque id eſt contra voluntatem teſtatoris, ſed potiùs ea pleniùs impletur, *l. Patrem, ff. Quæ in fraud. credit.*

§. 8. *Inter quos pauperes poſsit executor teſtamenti diſtribuere bona pauperibus abſolutè relicta?*

SUMMARIUM.

QVando bona ſunt ſimpliciter pauperibus relicta, diſtribuenda ſunt inter pauperes illius loci, in quo teſtator vltimò habuit domicilium, numer. 124. *Id verò intelligitur niſi ex conjecturis appareat teſta-*

teſtatorem de alijs pauperibus ſenſiſſe, ibid.

Quando teſtator ſimpliciter, & indiſtinctè bona pauperibus reliquit, electio pauperum pertinet de jure ad executorem à teſtatore deſignatum non ad Epiſcopum; num. 125. *Et ſimiliter quando teſtator reliquit bona ſua, vt expendantur in pia opera, determinatio talium operum, non ad Epiſcopum, ſed ad executorem ſpectat; ibid.*

Quando teſtator executori commiſit electionem pauperum, in quos bona diſtribuantur, non tenetur eligere pauperes domicilij teſtatoris, ſed poteſt eligere ex quouis loco; num. 126.

Quando teſtator abſolutè, & ſimpliciter bona pauperibus reliquit, tenetur executor præferre pauperes teſtatoris conſanguineos. Et quomodo id ſit intelligendum? num. 128.

Quando teſtator electionem pauperum, in quos bona diſtribuerentur, executori commiſit, non tenetur regulariter executor præferre conſanguineos teſtatoris; num. 128,

Secluſo caſu, quo non oportet præferri pauperes conſanguineos teſtatoris, tenetur executor diſtribuere bona ſimpliciter pauperibus relicta, inter egentiores: ſecùs autem ſi executori commiſſa eſt pauperum electio; num. 129. *Quomodo id ſit intelligendum, ſi ea electio commiſſa ſit executori ad arbitrium boni viri? num.* 130.

DVpliciter ſolent teſtatores relinquere pauperibus ſua bona, vel aliquam eorum partem: vno modo, diſponendo ſimpliciter, vt bona pauperibus erogentur; alio modo, diſponendo vt erogentur pauperibus, quos executor elegerit. Et in hoc ſecundo modo adhuc ſolet eſſe diuerſitas. Interdum enim cõmittitur executori libera electio pauperum, vt ſcilicet diſtribuat, quibus voluerit, vel ſibi magis placuerit: interdum verò committitur electio arbitrio ejus prudenti, & rationabili, vt ſcilicet diſtribuat prout ſibi meliùs videbitur, vel maius Dei obſequium judicauerit. Hoc poſito.

Prima concluſio ſit. Quando bona ſunt relicta pauperibus primo modo, hoc eſt ſimpliciter, diſtribuenda ſunt inter pauperes, & qui ſunt in loco, in quo teſtator vltimò habuit domicilium. 124
Ita communis ſententia, quam relatis plurimis, tradunt Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim. volunt. titul.* 5. *numer.* 2. & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dubit.* 60. *numer.* 2. per text. *in. l. Siquis ad declinandam*, *§. Vbi autem, Cod. de Epiſcop. & cleric.* Cæterùm in hoc textu non dicitur ſimpliciter, quòd bona diſtribuantur inter pauperes illius loci, ſed quòd hæreditas pauperibus indiſtinctè relicta deueniat ad Xenonem (id eſt Hoſpitalem) ciuitatis, in qua teſtator habuit domicilium, & inter pauperes ibi ægrotantes per prouiſorem ipſius Hoſpitalis diſtribuatur. Quare meliùs tradita concluſio probatur per nouum jus, quo prædicta lex corrigitur, *in Authent. De Eccleſiaſticis tit. §. Siquis autem pro redemptione*, ibi; *Si autem ſpecialiter dixerit, quòd pauperibus hoc relinquit, præcipimus ſanctiſsimum Epiſcopum ciuitatis, in qua teſtator habuit domicilium, percipere eaſdem res, & ejus ciuitatis pauperibus erogare.* Ratio verò eſt, quia teſtator præſumitur habere maiorem affectionem ad locum vbi habet domicilium; & ſic velle vt potiùs inter pauperes illius quàm alterius diſtributio fiat.

Id verò intellige, niſi ex conjecturis aliud appareat; vt ſi teſtator juſsit diſtributionem fieri in die ſui obitus; ipſeque obeat longè à loco domicilij, in quo breui denuntiari non poſsit, vt eleemoſynæ fiant. Sanch. *vbi ſupra, numer.* 3. vel ſi diu vixit in alio domicilio, in quo habuerit maiorem partem bonorum; & poſtquam illud mutauit, breui de-

ceſsit. Mantica *d. num.* 2. *fine*, & Sanch. *d. num.* 3.

Hic etiam aduerte, dubitari poſſe,
vtrùm in caſu propoſitæ concluſionis,
125 electio ſeu determinatio pauperum, inter
quos bona diſtribuenda ſunt, pertineat
ad executorem deſignatum à teſtatore,
vel potiùs ad Epiſcopum? Pertinere
namque ad Epiſcopum colligi videtur,
ex *d. §. Siquis autem*, ibi; *Præcipimus
ſanctiſſimum Epiſcopum*, &c. juxta quem
textum ita ſancitum eſt in Conſtitutioni-
bus diœceſis Conimbricenſis, *tit.* 26.
conſtit. 4. *§. E ſe o teſtador deixar*, ibi; *Se
o teſtador deixar ſua fazenda a pobres, ou
catiuos, ſem declarar quais ſejão, nem der
a eleição diſſo a ſeus teſtamenteiros, em
tal caſo, porque conforme a direito nos per-
tence declarar quaes pobres, ou catiuos de-
uem ſer; mandamos*, &c. vbi ad marginem
allegatur, *l. Siqua per calumniam, Cod.
de Epiſc. & cleric. & d. §. Siquis autem.*
At contrarium ſumitur ex *l. Nulli, Cod.
de Epiſc. & cler.* vbi expreſsè habetur, vt
executor deſignatus à teſtatore præfera-
tur Epiſcopo in executione legati inde-
terminatè relicti pro redimendis capti-
uis. Ex quo textu tradit cum alijs San-
ch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 43. *num.* 5.
talem executorem præferri etiam priuile-
giato à Papa, vt poſsit recipere relicta ad
pias cauſas: & ex illo ipſo *§. Siquis autem*,
quem ita ſummat Bartholus, *Legato, vel
hæreditate, pro redemptione captiuorum,
vel alimentis pauperibus derelictis: perſo-
na à teſtatore deſignata* (ideſt executor)
*ſecundum teſtatoris voluntatem debet
omnia implere: perſonâ autem non deſig-
natâ, Epiſcopus, vel œconomus adimple-
re debet.* Atque ita videntur ſentire com-
muniter DD. apud quos non reperio, per-
tinere ad Epiſcopum executionem lega-
ti, vel hæreditatis relictæ pauperibus, niſi
in caſu quo teſtator non deſignauit exe-
cutorem, vel fuit negligens in adimplen-
da teſtatoris voluntate tempore debito:
de quo caſu egimus *ſect. præced. §.* 5. il-
lumque quoad præſens inſtitutum latiùs
explicat Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 41. vbi
cum multis alijs hanc noſtram reſolutio-
nem amplectitur. Quin etiam vult Vua-
ding. *tract. de Contractib. diſp.* 4. *dub.*
13. *§.* 5. *num.* 3. etiam quando teſtator
nullum executorem nominauit, ſi hære-
dem relinquit, poſſe hunc exequi quæli-
bet legata, etiam pro redemptione capti-
uorum, vel alimentis pauperum relicta;
neque ab Epiſcopo prohiberi poſſe, quo-
minus ea exequatur, eo quod in tali caſu
ipſe hæres cenſeatur tacitè datus execu-
tor à teſtatore. Sed hanc ſententiam be-
ne impugnat Diana, *vbi ſup.* Quare ſo-
lùm hic ſtatuo, quod quando teſtator
executorem nominauit, is præfertur Epiſ-
copo, etiam quoad executionem prædic-
ti legati, vel hæreditatis captiuis, vel pau-
peribus relictæ. Contra quod nihil facit
d. l. Siqua per calumniam, quę quidem
hac de re non agit. Accedit tandem ra-
tio; quia quando teſtator executorem
nominauit, hoc ipſo oſtendit, ſe multùm
de eo confidere, quòd rectè & juxta ipſi-
us teſtatoris voluntatem bona diſtribuet,
tam inter perſonas certas ab ipſo teſtato-
re deſignatas, quàm inter incertas, & ab
eo non deſignatas, vt in noſtro caſu, & ſic
non debuit ei præferri Epiſcopus, de quo
fortè teſtator non tantum confide-
ret.

Unde colligo, etiam quando teſtator reliquerit bona ſua, vt expendantur in pia opera, non declarando quæ eſſe debeant, ad executorem pertinere illa determinare, & teſtatoris bona in ea expendere, licèt in Cõſtitutionibus Portalegrenſis diœceſis, *lib.* 4. *tit.* 6. *cap.* 6. *n.* 4. contrarium ſtatuatur, aſſerendo id de jure pertinere ad Epiſcopum, *juxta cap.* 3. *de Teſtam. & d. l. Nulli, Cod. de Epiſc. & cleric.* quæ jura id certè non dicunt.

Secunda concluſio. Quando teſtator 126
executori commiſit electionem paupe-
rum, in quos bona diſtribuantur, non te-
netur eligere pauperes domicilij teſtato-
ris, ſed poteſt eligere ex quouis loco. Ita
Gregor. Lop. *l.* 20. *tit.* 3. *part.* 6. *verb.
De aquel lugar*, Capella Toloſana *deciſ.*
128. Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim.
volunt. tit.* 5. *ſub num.* 2. dicens ita fuiſ-
ſe deciſum in Rota Romana, Sanch. *lib.* 4.
Opuſc.

Opuſc. cap. 1. *dub.* 60. *num.* 4. & alij, quos citant. Probatur argum. *cap. Si compromiſſarius, de Elect. in* 6. vbi licèt Epiſcopus, quando ad eum jure deuoluto pertinet collatio dignitatis Eccleſiæ, teneatur eligere clericum ejuſdem Eccleſiæ, *cap. Ne pro defectu, de Elect.* tamen compromiſſarius ad eligendum poteſt etiam exterum eligere. Similiter ergo dicendum in noſtro caſu, licèt Couar. *in cap. Cum tibi, num.* 14. *de Teſtam.* huic ſententiæ non acquieſcat, & in Conſtit. Conimbricenſis diœceſis *tit.* 26. *conſtit.* 4. *§. E ſe o teſtador não declarar,* contrarium expreſſè ſtatuatur.

127 Tertia couclusio. Quando teſtator abſolutè, & ſimpliciter bona pauperibus reliquit, tenetur executor in eorum diſtributione præferre pauperes teſtatoris conſanguineos. Ita relatis alijs Mantica *d. tit.* 5. *num.* 17. & Sanch. *d. dub.* 60. *num.* 9. Ratio patet, quia erga conſanguineos cenſetur teſtator maiorem habere affectionem, & ipſa charitas bene ordinatá ſuadet, vt priùs noſtris, quàm extraneis ſubueniamus, *cap. Non ſatis,* 80. *diſt.* Hanc concluſionem intelligo primò, etiamſi conſanguinei ſint minùs indigentes, quàm exrranei. Quia conſanguinitas cùm ſit qualitas naturalis, præualet maiori indigentiæ exrraneorum, quæ eſt qualitas accidentalis, vt patet *ex cap. Requiſiſti, de Teſtam. verſ. Si verò relinquatur,* vbi relictum Epiſcopo à propinquo, cenſetur ratione ſanguinis, & non ratione Eccleſiæ relictum. Et ita in ſimili docet cum alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 62. *fine.* Intelligo ſecundò, etiamſi illi conſanguinei non ſint in loco domicilij teſtatoris, quia in quouis ſint loco maiorem erga eos affectionem cenſetur habere teſtator, quàm erga extraneos etiam in proprio ipſius domicilio commorantes. Intelligo tertiò, & limito, dummodo teſtator ignorauerit talium propinquorum conſanguinitatem, vel paupertatem. Quia ſi ſciret eſſe conſanguineos pauperes, & maiorem erga eos haberet affectionem, quàm erga extraneos, illis expreſsè relinqueret: quando igitur abſque propinquorum mentione, bona ſua pauperibus reliquit, nulla juxta illius mentem eſt obligatio præferendi conſanguineos pauperes ab eo non ignoratos pauperibus ex- extraneis: cùm nullam maiorem erga illos cenſeatur habuiſſe affectionem: & ita ceſſat ratio prædictæ concluſionis: quæ proinde ſolùm in conſanguineis à teſtatore ignoratis, ſeu ob ignorantiam prætermiſsis, locum habere poteſt.

Quarta concluſio. Quando teſtator electionem pauperum, in quos bona diſtribuerentur, executori commiſit, non tenetur regulariter executor præferre pauperes teſtatoris conſanguineos. Hanc concluſionem apud DD. non reperio, ſed nec oppoſitum illius, ea tamen facilè mihi probatur. Quia in primis, ſi teſtator eam electionem executori conceſsit per verba importantia liberum ejus arbitrium, nulla eſt ratio, cur non poſsit eligere quoſcumque voluerit, etiam omiſsis teſtatoris conſanguineis, præſertim ab ipſo teſtatore non ignoratis. Deinde quando electio illi eſſet conceſſa per verba denotantia arbitriũ boni viri, *vt Prout ei videbitur, aut meliùs judicauerit:* licèt tũc non poſſit pro libito eligere, ſed teneatur vti arbitrio viri boni, *l. Fideicommiſſa, §. Sic fideicommiſſum, verſ. Quamquam, ff. de Leg.* 3. *l. Thais, § Sorore, ff. de Fideicommiſ. libert. cum concord.* ex hoc ipſo ſequitur, poſſe ſæpius, imò ſæpiſsimè, & regulariter præferri pauperes extraneos conſanguineis teſtatoris: cùm ſæpiſsime euenire poſsit, & ſoleat, vt magis conforme ſit rationi dare potiùs exrraneis, quàm conſanguineis; vt cùm extranei ſunt longè pauperiores, vel fæminæ honeſtæ, quæ in maiori animæ periculo erant, ſi eis non ſuccurratur. Cæteris tamen paribus, tenebitur executor eligere potiùs conſanguineos teſtatoris: cùm hoc ipſum recta ratio dicter, & prudens arbitrium, à quo executor in caſu propoſito recedere non poteſt.

Quinta concluſio. Secluſo caſu, quo juxta ſupradicta *num.* 127. conſanguinei teſtatoris præferẽdi ſunt extraneis, etiam pauperioribus, tenetur executor diſtribu- 128

ere bona pauperibus ſimpliciter relicta inter pauperes egentiores: ſi autem eorum electio ei commiſſa ſit, poteſt eligere etiam, qui minùs indigent, dummodo verè ſint pauperes. Priorem partem hujus concluſionis deſumo ex Mantica *d. tit. 5. num.* 4. vbi cum Baldo aſſerit, ijs magis relictum videri, qui ſunt pauperiores, juxta *l. Siquis ad declinandam, §. Vbi autem, Cod. de Epiſc. & cleric. & §. Siquis in nomine magni Dei, Authent. De Eccleſiaſt. tit.* Poſteriorem verò partem docent Petr. Nauarra *lib. 4. de Reſtit. cap. 2. num.* 60. Paul Caſtr *in l. Vnum ex familia, §. Itaque, num. 2. ff. de Leg. 2. & l. Cum quidam, num. 6. ff. eod. tit.* Barthol. *ibid. & in d. l. Vnum ex familia, §. Si de Falcidia, num.* 4. Bald. *in l. Id quod pauperibus, numer.* 35. *Cod. de Epiſc. & cler.* & cum multis alijs Mantic. *lib.* 8 *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 5. *num.* 6. & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 60. *num.* 11. Qui eam rationem reddit, quia nulla lex talem executorem aſtringit, vt quærat meliores, & pauperiores: neque hęc ſunt præmia meritorum, vt perſonarum acceptio hic poſsit contingere.

130 Hæc autem ratio, licèt rem planè conficiat, quando executori conceſſa eſt à teſtatore libera electio pauperum; tamen quando ſolùm ei conceſſa eſt ad arbitrium boni viri, non videtur ſufficiens; quia in eo caſu tenetur executor vti arbitrio prudenti & magis rationi conformi, vt *ſupra, num.* 128. aduertimus: ratio autem planè videtur exigere, vt pauperiores præferantur. Quo fundamento, debere in hoc caſu eligi pauperiores, tenent Molina Iuriſta *lib. 2. de Primogen. cap. 5. numer.* 69. & alij quos refert Sanch. *ſup. numer.* 11. idemque ſtatuitur in Conſtitutionibus Conimbric. diœceſis *loco in* 2. *concluſione allegato.* Nihilominus tamen etiam in hoc caſu tenendum eſt cum Sanch. & alijs DD. ſupra citatis, poſſe eligi minùs pauperes, dummodo tamen præter paupertatem, aliqua alia ſubſit ratio, ob quam id magis, vel certè non minùs, expedire videatur: vt ſi honeſtiori loco ſunt nati, vel erant familiares teſtatoris, aut in maiori periculo animæ ob paupertatem verſantur, aliâuè ſimili de cauſa: quia hujuſmodi cauſa interueniente, prudenter arbitrari poteſt executor magis expedire, vt minùs pauperes præferantur.

§. 9. Expediuntur nonnullæ dubitationes circa præcedentem materiam.

SUMMARIUM.

Vtrum executores legatum pauperibus relictum dare poſsint pauperibus inimicis teſtatoris? num. 131. & ſeq.

Vtrum quando teſtator ſimpliciter juſsit bona diſtribui inter pauperes, poſsint executores dare vni tantum? numer. 133. *An ſaltem poſsint dare duobus? ibid.*

Si teſtator juſsit dari certam ſummam vni pauperi, non deſignando perſonam, an tunc poſsit executor eam diuidere in duos? num. 134.

Iuſſus dare vni Hoſpitali, vel conſtruere vnum Hoſpitale, poteſt conſtruere duo, ſi bona ſufficiant; num. 135.

Si teſtator poſt mortem hæredis juſsit dari de ſuis bonis 300. *aureos alicui monaſterio, & reſiduum diſtribui in pauperes, poteſt tale reſiduum dari etiam ipſi monaſterio, ſi indigeat; ibid.*

Vtrum de bonis quæ teſtator diſtribui juſsit inter pauperes, poſsit executor dare filio ſpurio teſtatoris? num. 136. *remiſsiuè.*

Vtrum executor, ſi pauper ſit, poſsit ſibi aliquid applicare de bonis, quæ teſtator juſsit diſtribui pauperibus? numer. 137. *& ſeqq.*

Vtrum admiſſa opinione, quòd executor non poteſt ſibi aliquid applicare ex dictis bonis, poſsit nihilominus de illis dare ſuis filijs, vel conſanguineis? num.

num. 138. *& ſeq.*

Religioſus executor teſtamenti juſſus bona diſtribuere inter pauperes, poteſt de illis applicare ſuo monaſterio, & ſibi ipſi, ſi pauper ſit; num. 144.

Vtrum executor juſſus diſtribuere inter pauperes conſanguineos teſtatoris, teneatur præferre proximiores pauperioribus? num. 145.

Vtrùm quando legatum abſolutè relictum eſt conſanguineis pauperibus, poſsit executor præferre vnam conſanguineam remotiorem magis pauperem, alteri proximiori minus pauperi? ibid.

Executor habens facultatem eligendi pauperes, in quos bona teſtatoris diſtribuantur, poteſt eos eligere ſub conditione, vel cum onere; vt poſt aliquod tempus illa reſtituant alijs pauperibus; numer. 147.

131 Circa prædicta verò dubitatur primò. Vtrum legatum pauperibus relictum poſsint executores dare pauperibus inimicis teſtatoris? Variè hac in re ſentiunt DD. quidam enim diſtinguũt hoc modo: vel pauperes ſunt odioſi & indigni, vt quia concubuerunt cum vxore, ſorore, aut matre teſtatoris; & his non poteſt dari legatum: vel ſunt tantùm odioſi, & non indigni; & his poteſt, ſi teſtator deceſsit contritus, & confeſſus. Alij verò dicunt, ſi executoribus commiſſa eſt facultas diſtribuendi per verba importantia arbitrium boni viri, non poſſe dare inimicis: ſi verò per verba importantia liberam voluntatem, poſſe; dũmodo inimicitiæ ortę fuerint ante teſtamentum. Authores harum diſtinctionum affert Sanch. ſtatim citandus: Mantica verò *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 5. *num.* 8 cùm Barthol. quem ibi refert, abſolutè docet, quòd quando diſtributio in pauperes commiſſa eſt ad voluntatem executorum, poſſunt hi eligere quos velint, etiam indignos.

132 Cæterùm Molina Iuriſta *lib.* 2 *de Primogen. cap.* 5. *num.* 13 quem ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub* 60. *num.* 17. probabilius aſſerit, quòd licèt alias is, cui commiſſa eſt electio, nequeat eligere inimicum committentis, tamen in legato pauperibus relicto forſan verius eſt, poſſe dare inimicis teſtatoris pauperibus, licèt non probetur teſtatorem deceſsiſſe contritum, cùm id præſumatur. Vel quia in eleemoſynis non eſt conſiderandum, an pauperes fuerint inimici teſtatoris; cùm ſola pietatis ratio in eleemoſyna ſpectanda ſit.

Dubitatur ſecundò, vtrùm quando teſtator ſimpliciter juſsit bona diſtribui inter pauperes poſsit executor dare illa vni tantùm pauperi? Affirmant Paul. de Caſtro *in l. Cum quidam, num.* 4. *& in l. Vnum ex familia, §. Sed ſi vno, ff. de Legat.* 2. Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri, num.* 48. *fine*, Alex. *conſil.* 109. *num.* 7. *vol.* 7. aſſerens poſſe eligi vnum, niſi ex conjecturis appareat, teſtatorem noluiſſe vnum tantùm eligi, quòd etiam tradit *in l. Qui quartam, §.* 1. *num.* 3. *ff. de Leg.* 1. & ita etiam ſcribit Imola *in d. l. Vnum ex familia, §. Si duos, num.* 16. *verſ. Potes dicere.* Pro eadem ſententia ſtat Mutienſo *lib.* 8. *Selectar. ſuper d. l. Cum quidam, num.* 12. *ff. de Leg.* 2. limitans, niſi legatum eſſet relictum pro maritandis puellis, & plurium dotibus ſufficeret: tractans etiam hanc quæſtionem Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Suſceperit liberos, numer.* 189 tem ſub dubio relinquit: vnde videtur vtramque partem æquè probabilem judicare. Fundamentum hujus ſententiæ deſumunt aliqui ex *d. l. Vnum ex familia, §. Sed & ſi fundum, verſ. Et ſi quidem*, ibi; *Rogo fundum, cui voles, aut quibus voles ex familia relinquas.* vbi teſtator committens hæredi electionem perſonarum, quibus legatum relinquit, non magis intelligitur velle vt eligat plures, quàm vnum, vel econtra. Et hanc ipſam rationem reddit Sarmiento *vbi ſup.* Quia qui electionem commiſit videtur etiam & in numero perſonarum conceſsiſſe arbitrium. 133

Contrariam nihilominus ſententiam probabilius tenent Barthol. *in l.* 1 *ff. de Optione legat. per eam textum*; Padilla alios

os referens *in d. l. Cum quidam, num* 10. Azeued. *lib.* 5. *Recopilat. tit.* 6. *l.* 3. *numer.* 19. Gregor. Lop. *in l.* 3. *tit.* 10. *part.* 6. *verb. Tuuiere*, Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 5. *num.* 18. & cum alijs etiam Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 60. *num.* 7. Fundamentum eſt primò, quia quando teſtator ſimpliciter juſsit diſtribui bona ſua inter pauperes, illa pluralis locutio vno ſolo contenta non eſt, vt per *l. vltim. ff. Ad Trebel. & l. Vbi numerus, ff de Teſtib.* Secundò, quia maior eſt pietas, & charitas, quæ pluribus prodeſt; Felin. *in cap. Omnes, num.* 4. 1. *diſt.* Mens autem teſtatoris jubentis ſimpliciter diſtribui bona inter pauperes, ad hanc maiorem charitatem videtur reſpexiſſe, & ſic noluiſſe, vt vni tantùm bona tribuerentur. Vnde facilè excluditur fundamentum prioris ſententiæ. Nam præter quod in verbis, quæ adducuntur, ex textu *in d. verſ. Etſi quidem*, proponatur caſus, quo teſtator commiſit hæredi electionem vnius, vel plurium perſonarum, teſtator in eo caſu ſolùm intendit, vt fundus relinqueretur in familia; quod æquè bene impletur relinquendo illum vni de familia, atque relinquendo pluribus. At quando teſtator ſimpliciter commiſit diſtribui legatum inter pauperes, vt in noſtro caſu, non impletur illius votum, dando vni tantùm; cùm præſumatur voluiſſe pluribus ſubuenire: & ſic non ſtat, quòd quando committitur electio perſonarum, intelligitur etiam conceſſum arbitrium circa numerum, ita vt vnus tantùm eligi poſsit.

Quin etiam vult non improbabiliter Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. vlt. volunt. interpret.* 1. *dub.* 2. *num.* 79. non ſatisfieri in propoſito caſu voluntati teſtatoris, ſi inter duos tantùm pauperes bona diſtribuantur; quia mandatum de diſtribuendo inter pauperes importat diſtributionem faciendam minutatim inter plurimos, & non inter duos tantùm. Pro qua ſententia refert Geminian. & Barth.

134 Econtra verò, ſi teſtator juſsit dari certam ſummam vni pauperi, non deſignando perſonam, probabiliùs videtur poſſe executorem diuidere illam in duos, vt cum Baldo, Paulo Caſtr. & Sarmiento tenet Sanch. *d. dub.* 60. *num.* 8. *per dict. l. Vnum ex familia, §. Sed & ſi fundum, ff. de Leg.* 2. ex quo textu docet ibi Barth. quòd juſſus reſtituere rem aliquam vni ex certis, poteſt ex illis eligere plures: quam ſententiam ibi ſequuntur Moderni, teſte Segura *ibid. num.* 156. qui illam etiam ſequitur, & eandem tenent *ibid.* Padilla Paul. Caſtr. Cuman. & Peralta, quos idem Sanch. refert, & ſequitur; cui etiam adhæret Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri, num.* 48. dicens eſſe communem. Ratio verò eſt, quia cùm teſtator nullum pauperem deſignauerit, ſed electionem ejus executori reliquerit, nulli dedit, aut dare voluit jus ad tale legatum, ſed ſolùm intendit, vt miſericordia erga proximum exerceretur: hæc autem voluntas non minùs, imò pleniùs impletur dando pluribus, quàm vni tantùm: cùm pietas, quæ pluribus prodeſt, maior ſit, vt ſupra notauimus.

135 Hinc colliges cum Barthol. *in d. l. Vnum ex familia, §. Si duos*, Paulo de Caſtr. *ibid. & in d. l. Cum quidam, num.* 4. *ff. de Leg.* 2. & Sanch. *vbi ſupra*, quòd juſſus dare Hoſpitali, vel conſtruere vnum Hoſpitale, poteſt conſtruere duo, ſi bona ſufficiant. Notat etiam Mantica *d. tit.* 5. *num.* 19. *fine*, cum Anchar. *conſil.* 84. ſi teſtator poſt mortem hæredis reliquit trecentos aureos alicui monaſterio, & reſiduum juſsit diſtribui inter pauperes, illud etiam poſſe diſtribui ipſi monaſterio, ſi laborat inopiâ.

136 Dubitatur tertiò, vtrùm de bonis, quæ teſtator diſtribui juſsit inter pauperes, poſsit executor dare filio ſpurio teſtatoris? At huic dubio jam reſponſum eſt *diſp.* 5. *hujus tract. de Teſtament. ſect.* 1. *num.* 89, & ibidem etiam *num.* 90. reſoluimus nihil vetare quominus executor dare poſsit de illis bonis filio ſuo ſpurio ſi verè ſit pauper, quamuis aliud ſit in filio ſpurio teſtatoris.

137 Dubitatur quartò, vtrùm executor ſi pauper ſit, poſsit ſibi ipſi aliquid applicare de bonis à teſtatore relictis, vt inter pau-

pauperes diſtribuerentur? Prima ſententia negat, præterquam in caſu, quo executor extrema neceſsitate laboret. Eam tenent Mantica *lib. 8. de Conjectur. vlt. volunt. tit. 5. num. 9.* Bald. *in cap. Cum in jure, num. 6. & 7. de Elect. & in l. Si mandauero tibi vt pro me, 22. §. Si tibi centum, fine,* & ibi Odofred. *fine,* Alberic. *fine,* Fulgoſ. *fine,* & Salic. *num. 4. ff. Mandati,* idem Alberic. *in l. Nulli, numer. 20. Cod de Epiſc. & cleric.* Paul. Caſtr. *in l. Si is cui, 7. num. 1. & 2. Cod. de Furtis,* Angel. *verb. Eleemoſyna, numer. 3.* Sylu. *ibid. q. 2. fine, & verb. Teſtamentum, q. 2. dicto 5.* Roſella *verb. Reſtitutio, 15 num. 8.* Peralta *in l. Vnum ex familia, §. Rogo, à num. 5. vſque ad 8 ff. de Legat. 2.* & multi alij, quos refert Sanch. infra pro ſecunda ſententia allegandus. Probatur primò *ex d. l. Si mandauero tibi vt pro me, §. Si tibi centū,* vbi ſic habetur. *Si mandauero tibi, vt des centum aureos, & conſumpſeris, es reus mandati.* Secundo, quia inter dantem, & accipientem debet dari diſtinctio. Hac enim ratione deciditur expreſsè *in cap. Per noſtras, de Iure patron.* non eſſe integrum patrono ſe ipſum præſentare ad beneficium. Tertiò, quia ſi in pœnitentiam ſacramentalem alicui injungeretur, vt aliquam pecuniam in pauperes erogaret, non poſſet vllam ejus partem ſibi applicare, etiam ſi pauper ſit. Quartò denique, quia habens facultatem eligendi ad maioratum à teſtatore inſtitutum, non poteſt ſe ipſum eligere, vt relatis multis probat Molina Iuriſta *lib. 2. de Primog. cap. 4. num. 58.*

138 Hanc ſententiam ampliant nonnulli ex ejus Authoribus, vt neque filijs ſuis poſsit executor dare de illis bonis; cùm filius cenſeatur eadem perſona cum patre. Hæc verò ratio ſolùm militat reſpectu filiorum exiſtentium ſub patria poteſtate. Vnde hanc ampliationem limitat Mexia *de Taxa panis, cap. 6. num. 49.* vt locum non habeat in filijs extra patriam poteſtatem exiſtentibus. Alij etiam limitant, vt ſolùm procedat quando pater haberet vſumfructum in illis bonis inter filios diſtributis: vel niſi renunciaret juri percipiendi vſumfructum ex illis. Aliqui tamen ipſam ampliationem ſimpliciter rejiciunt, aſſerentes, quòd etiam filijs in poteſtate poteſt executor de illis bonis tribuere, ſi verè ſint pauperes: cùm inter illos, & ipſum patrem vera perſonarum diſtinctio intercedat. Sic Panorm. *in cap. fin. num. 4. de Inſtit.* Bald. *in l. 1. num. 29. Cod de Sacroſ. Eccleſ.* & alij apud Sanch. *lib. 6. in Decal. cap. 11. numer. 51. fine.*

139 Sunt etiam qui neque in ſuos conſanguineos admittant poſſe executorem diſtribuere. Sed hoc meritò rejiciunt Mantica *d. tit. 5. num. 16.* Panorm. *in cap fin. de Cohabit. cleric. & mulier.* Imola *ibid. num. vlt. & in cap. Cum tibi, num. 17. de Teſtament. & in Clem. 1. num. 29. eod. tit.* Anchar. *in cap. 2. num. 13. de Teſtament. in 6.* Angel. Roſel. Sylu. *loco ſup. citat.* & alij. Quia inter executorem & conſanguineos euidens diſtinctio reperitur: ac proinde ſi verè pauperes ſint, nihil obſtat quominus de illis bonis eis dare poſsit.

140 Plerique verò prædictam ſententiam principalem temperant, vt intelligatur, quando vnus tantùm eſt executor: nam ſi ſint plures, poteſt quilibet ex illis, ſi pauper ſit ab alijs eligi ad partem eleemoſynæ accipiendam. Sic Panorm. *in cap. Cum in jure, numer. 4. de Elect.* Alberic. *in l. Nulli, numer. 20. Cod. de Epiſcop. & cleric.* Sylueſt. *verb. Teſtamentum, 2. q. 2. dicto 5.* Roſel. Anchar. Imola Gregor. Lop. & alij, quos refert Sanch. *d. cap. 11. num. 53.*

141 Secunda nihilominus ſententia, cui tanquam probabiliori adhæreo, affirmat poſſe executorem pauperem ſibi applicare aliquam partem de illis bonis, ſicut poſſet alteri pauperi. Ita D. Thom. 2. 2. *q. 33. art. 9. ad 3.* Caiet. & Aragon. *ibid.* Ioan. Dilectus, *de Arte teſtandi, cautela, 10. num. 4. qui habetur tom. 8. tractatuum, p. 1.* Tabiena *verb. Eleemoſyna, q. 13. num. 4.* Armilla *ibid. num. 9.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 125. num. 17.* Emman. Rodrig. *tom. 1. Sum.*

cap.

cap. 199. *num. vltim. in 2. edit. & QQ. Regular. tom.* 3. *q.* 70. *art.* 4. Anton. Gom. *in Bulla Cruciatæ, clauſula* 8. *numer.* 7. *fine*, & multi alij, quos citat & ſequitur Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 6. *cap.* 11. *num.* 54. *& lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 58. *num.* 5. Emman. Barboſa *in Remiſſion. ad Ordinat. Regiam, lib.* 1. *tit.* 62. *§.* 16. *num.* 4. & Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 2. *num.* 87. Ratio eſt, quia intentio, & voluntas teſtatoris jubentis diſtribui ſua bona inter pauperes, eſt exercere actum miſericordiæ gratum Deo, & ſuæ animæ vtilem: hæc autem voluntas non minùs impletur, quando executor pauper, ſibi qua tali, applicat aliquam partem illorum bonorum, quàm ſi eam alteri pauperi applicaret. Nam quemadmodum teſtator verum actum miſericordiæ exerceret, ſi per tertiam perſonam eam eleemoſynam applicaret ipſi executori pauperi, ita etiam illum exercet applicando eam mediante ipſo executore, qui hac in re duas perſonas ſuſtinet: alteram teſtatoris, cujus nomine, & mandato bona illa diſtribuit; alteram pauperis, cui ea diſtribuit: non enim maior perſonarum diſtinctio ad dandum, & accipiendum requiritur, vt in multis exemplis, etiam juſtitiæ Cõmutatiuæ videre licet. Nam hæres grauatus reſtituere hæreditatem, cui teſtator erat debitor, ſibi ipſi nomine defuncti ſuum creditum ſoluit, detrahendo illud de bonis hæreditariis. Item juxta communiſsimam DD. ſententiam, reſtitutio incertorum applicari poteſt ipſi debitori per ipſummet, ſi verè ſit pauper, & ita in ſimilibus. Eſt enim valde peraccidens ad hujuſmodi actus, quòd fiant per perſonas realiter, vel fictè tantùm diſtinctas; cùm reipſâ idem ſit, quando ſolùm formaliter, ſeu ſecundum diuerſas acceptiones, perſonæ diſtinguuntur.

142 Vnde ad motiua prioris ſententiæ reſpondetur facilè. Ad primum reſpondetur cum Caiet. & Nauar. *loc. citat.* deciſionem illius legis, intelligendam eſſe de illo, qui non vt diſtributor ſibi ipſi, vt gerenti perſonam fictè diſtinctam, nempe vt pauperi, talia bona applicaret; ſed abſolutè conſumeret, nullo habito reſpectu ad qualitatem, quam mandator ſpectari voluit in recipiente. Ad ſecundum reſpondetur cum Lambertino *de Iure patron.* 1. *p. lib.* 2. *q.* 8. *art.* 3. *num.* 2. rationem illius textus non eſſe defectum diſtinctionis inter dantem, & accipientem: ſiquidem, patrono ſe ipſum præſentante ad beneficium, vera daretur diſtinctio inter dantem, & recipientem ipſum beneficium, cùm præſentans illud non conferat: ſed quia ſe ipſum præſentare eſſet ambitioſum, vt etiam tradit Gloſ. *in cap. In jure, verb. Ex ſe & ibi Abbas, num.* 4. *de Electione.* Unde idem Lambert. *ibid.* latè probat, prohibitionem illius textus non habere locum in beneficijs ſimplicibus, non habentibus pingues reditus, nec magnam dignitatem; quia in his non præſumitur ambitio. Ad tertium reſpondetur, eſſe diuerſam rationem in pænitentia, quæ neceſſariò debet eſſe opus pænale, quale non eſt eleemoſynam ſibi applicare. Ad quartum reſpondetur, in eo caſu electionis ad maioratum, refragari planè voluntatem inſtitutoris, qui ſi vellet, vt commiſſarius ſibi ipſi poſſet capere maioratum, id proculdubio expreſſiſſet; quòd in caſu electionis ad eleemoſynam non militat: cùm paupertas commiſſarij potuerit eſſe ignota teſtatori, atque adeo eâ de cauſa non expreſſiſſe, vt ille ſibi poſſet eleemoſynam applicare, non verò quòd id nollet, ſi ille verè eſſet pauper,

Si autem paupertas executoris nota eſ- 143
ſet teſtatori tempore teſtamenti: tunc quidem videtur valere prędictum argumentum, vt in tali caſu nequeat executor ſibi applicare eleemoſynam. Et ita limitando prædictam ſecundam ſententiam tenent Menoch. *d. præſumpt.* 125. *num.* 18. *&* 19. Emman. Rodrig. *vtroque loco ſup. citat.* & alij, quos citat, & ſequitur Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 55. vbi adeo veram exiſtimat hanc limitationem, vt non audeat affirmare oppoſitum eſſe probabile. Nihilominus tamen mihi valde probabile eſt, quòd etiam in hoc caſu poteſt

teſt

teſt executor ſibi applicare. Id enim eſſe probabile expreſſè docet Petrus Ledeſm. *tom. 2. Sum. tract. 4. cap. 3. concluſ. 16.* idemque mordicùs tuetur Diana, *p. 8. tract. 5. reſol. 47.* cum Dicaſtillo *lib. 2. de Iuſt. tract. 19. diſp. 3. dubit. 12. num. 154.* Ratio eſt, quia teſtator ſciens executorem eſſe pauperem, licèt non fuerit inuitus, quòd ille ſibi capiat aliquam partem dictæ eleemoſynæ, tamen ex multis cauſis potuit prudenter id non exprimere; vt quia timuit, ne illum pudore afficeret, declarando in ſuo teſtamento eum eſſe pauperem, vel quia, ſi expreſſè illi relinqueret, non ſatis ejus, & ſuæ authoritati conſuleret, niſi vel totum, vel multò plus ei daret, quàm ipſe eſſet accepturus, applicando ſibi quod alteri pauperi daturus erat: & his ſimilibus, quæ facilè occurrent, & locum minimè habent in caſu commiſſæ electionis ad maioratum, ex quo Sanch. argumentum ſumpſit ad prædictam limitationem aſſerendam.

Ex prædictis colliges, quid dicendum
144 ſit in ea quæſtione: verùm ſi Religioſus ſit executor teſtamenti, poſsit de pecunijs relictis, vt inter pauperes, & pia opera diſtribuantur applicare ſuo monaſterio, vel etiam ſibi tanquam pauperi? Dicendum enim in primis eſt, etiam cum nonnullis DD. primæ ſententiæ relatæ, *numer.* 137. quos citat & ſequitur Sanch. *lib. 6. in Decal. cap. 11. numer.* 59. poſſe applicare monaſterio, quia ſufficienter ſaluatur perſonarum diſtinctio, quam dicta prima ſententia generatim ad hujuſmodi diſtributionem requirit. Dicendum deinde, etiam ſibi ipſi applicare poſſe, idque etiam ſtando in dicta prima ſententia, vt contra nonnullos tenet idem Sanch. *numer.* 61. Tum quia applicando ſibi releuat monaſterium, à quo minus accipiet ad vſus ſibi neceſſarios, & ſic ipſi monaſterio cenſetur applicare. Tum etiam, quia per talem applicationem non ſibi acquirit, ſed monaſterio, ex generali regula, quòd monachus non ſibi ſed monaſterio acquirit. Et ita etiam hac ratione ſatis ſaluatur perſonarum diſtinctio, cùm ea eleemoſyna reipſâ monaſterio applicetur, etiamſi monachus eam in ſuos vſus conuertat. Quæ ratio procedit, licèt talis monachus ab expenſis ſecum alioqui faciendis monaſterium non releuet.

Dubitatur quintò. Vtrum executor 145
juſſus diſtribuere inter pauperes conſanguineos teſtatoris, teneatur præferre proximiores pauperibus? Reſpondetur, ſi data eſt electio hæredi, vel executori, non teneri eligere proximiores, nec pauperiores, ſed ſatis eſſe quòd det pouperibus conſanguineis. Si autem electio ei data non eſt, teneri eligere proximiores. Prior pars conſtat apertè ex *l. Vnum ex familia, §. Si de Falcidia, verſ. Itaque, ff. de Legat.* 2. eamque ibi tenent Gloſ. *verb. Vni*, Barthol. *numer.* 4. Peralta *num.* 12. Baldus, Dynus, Cuman. & Paul. Caſtr. *§. Itaque, numer.* 2. Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri, numer.* 41. & 48. Mantica *lib. 8. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 12. numer.* 15. *aliàs num. 23. in nouiſsima edit.* vbi alios refert, Corduba alios etiam refe-rens *in Sum. q.* 72. Guttier. Meres, & alij, quos citat, & ſequitur Sanch. *lib. 4 Opuſc. cap. 1. dubit.* 62. *numer.* 1. Aliam partem tradit Rojas *in Epit. ſucceſ. cap.* 32. *numer.* 11. & *duob. ſeqq.* Mantica *vbi ſup.* & cum multis alijs Sanch. *d. dub.* 62. *num.* 2. nam quando legatum ſimpliciter relinquitur conſanguineis, vel familiæ, cenſetur teſtator velle vt admittantur cõſanguinei eo ordine, quo veniunt ad ſucceſsionem ab inteſtato, *l. vltim. Cod. de Verbor. ſignif. l. Cum ita, §. In fideicommiſſo, ff. de Legat.* 2. Ex ijs verò in hoc caſu eligi debere pauperiores, docet Sanch. *vbi ſupra, numer.* 3. contra Cordubam, qui *d. q.* 72. *initio*, dicit, inter duas conſanguineas in æquali gradu conſtitutas poſſe eligi minùs pauperem. Addit præterea idem Sanch. *numer.* 10. quòd quando legatum eſt abſolutè relictum conſanguineis pauperibus, ſi duæ fæminæ, altera magis conſanguinea, & minùs pauper, altera minùs conſanguinea, & magis pauper, præferenda eſt magis conſanguinea; quia

quando concurrunt duæ cauſæ, altera naturalis, qualis in præſenti eſt conſanguinitas,& altera accidentalis qualis eſt paupertas, cauſa naturalis præualet, *l. Tutor*, *§.* 1. *ff. de Excuſat. tut.* Ego verò magis in contrarium propendeo, ex traditis, *diſp.* 2. *ſect.* 9. *numer.* 306.

146 Qui autem veniant nomine, *Conſanguineorum*, quando legatum pauperibus conſanguineis relinquitur? Reſpondetur, venire eos, qui de iure Ciuili vocantur ad ſucceſsionem ab inteſtato, idest vſque ad decimum gradum, prout hi gradus in iure Ciuili numerantur: cæteros verò vt extraneos reputari. Sic loquendo abſolutè de legato, vel fideicommiſſo conſanguineis relicto, docent Tiraquel. *de Retractu lignag. §.* 1. *Gloſ.* 9. *num.* 24. Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. tit.* 11. *numer.* 37. *aliàs* 46. *in nouiſsima edit.* & multi alij apud Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dubit.* 24. *numer.* 10. qui idem tenet *numer.* 13. quando agitur de legato temporali conſanguineis relicto, vt ſi legati eſſent mille aurei inter conſanguineos diſtribuendi: quando autem legatum eſſet perpetuum aliter dicendum putat, & meritò: illum conſule.

147 Dubitatur ſextò. Vtrùm executor habens facultatem eligendi pauperes, poſsit eos eligere ſub conditione, vel cum onere, vt poſt aliquod tempus bona teſtatoris reſtituant alijs pauperibus? Reſpondetur affirmatiuè; quia cùm tali executori ſit liberum eligere quos voluerit, & dare quantum voluerit, aut ſibi videbitur, eis quos elegerit, nihil obſtat quominus poſsit eos eligere ſub conditione,qua non impleta habeantur pro non electis; vel eligere eos ad tempus, quo tranſacto bona deueniant ad alios pro tunc electos; cùm hoc ſit quædam diſtributio talium bonorum. Et ita docent relatis alijs Simon de Prætis *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *numer.* 90. & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 60. *num.* 15. Additque Prætis *num.* 91. valere illam conditionem vel onus, etiamſi conferatur in tempus, quo jam non durat poteſtas executori conceſſa: quod etiam eſt de mente Sancij, tenentque alij, quos idem Prætis refert. Limitat autem hic Author prædictam reſolutionem principalem dummodo in defectum conditionis, vel poſt tempus reſtitutioni cōſtitutum, cadat electio in alios æquè pauperes. Non placet tamen hæc limitatio, quia habens dictam facultatem eligendi poteſt eligere minùs pauperes, vt *§. præced. num.* 129. *& ſeq.* dictum eſt.

§. 10. *Quinam comprehendantur nomine*, pauperum, *quando executor jubetur diſtribuere aliquam ſummam inter pauperes?*

SUMMARIUM.

Quando teſtator juſsit bona diſtribui inter pauperes, an horum nomine veniant non ſolùm qui indigent ad ſuſtentationem naturæ, ſed etiam qui indigent ſecundùm ſuum ſtatum? num. 148.

Legatum pauperibus relictum etiam inter nobiles diſtribui poteſt, ſi non ſatis habent vt juxta ſuam dignitatem viuere poſsint, vel filias in matrimonio collocare, ibid.

Nomine pauperum, in quos bona diſtribui jubentur, veniunt etiam qui ſuâ culpâ in paupertatem inciderunt; numer. 149.

Vtrum quando legatum eſt relictum pro maritandis pauperibus puellis, comprehendantur, quæ ex ſuo labore viuunt? num. 150.

Vtrum legatum pauperibus abſolutè relictum poſsit per executorem dari fabricæ Eccleſiæ pauperis? numer. 151. *& ſeq.*

Plures in hac quæſtione continentur dubitationes, quæ omnino prætermitti non poſſunt. Prima dubitatio eſt. Vtrum non tantùm compre- 148

prehendantur, qui indigent ad ſuſtentationem naturę, ſed etiam qui indigent ſecundùm ſuum ſtatum? Reſpondent negatiuè Angel. *verb. Ornatus, num. 6.* & ibi Roſella *num.* 19. At contrarium tenent meritò Syluestr. *verb. Ornatus, q.* 8. Caiet. 2.2. *q.* 43. *art.* 8. *verſ. In eadem parte.* Bañez *ibid.* Nauar. *in Sum. cap.* 17. *num.* 93. Petrus Nauarra *lib.* 4. *de de Reſtit. cap.* 2. *num.* 50. Spino *in Speculo teſtam. Gloſ.* 28. *num.* 27. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 8. *tit.* 5. *num.* 3. Tiraquel. *de Nobilit. cap.* 20. *numer.* 148. Bald. *in l. Siquis ad declinandam, in princip. numer.* 5. *Cod. de Epiſcop. & cleric.* & alij, quos citat & ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 59. *numer.* 1. Ratio eſt, quia non minùs, imò magis pium ęſt dare his, quàm pauperibus communibus, qui ſi habeant, quo naturam ſuſtentare poſsint, alia ope non indigent, vt decenter vitam poſsint transfigere.

Hinc colliges, etiam inter nobiles, qui bonorum ſatis non habent, vt juxta ſuam dignitatem poſsint vitam ducere, vel filias matrimonio collocare, diſtribui poſſe legatum pauperibus relictum, vt cum Baldo, Tiraquel. & Mandel. Alba tradit Mantica *vbi ſupra,* & tenet etiam Surd. *de Aliment. tit.* 1. *quæſt.* 93. *à numer.* 20. quem ſequitur Emman. Barboſa *in Remiſſ. ad Ordinat. Reg. titul.* 62. *§.* 16. *numer.* 7. licèt contrarium ſenſerit Angel. *in l. Sed & ſi ſuſceperit, §. Si libertis, numer.* 3. *ff. de Re judic.* per eum text. *in verſ. Sed & ſi proponas;* quam ſententiam videtur probare Mantica *loco citat.* quando patrimonium, quod teſtator juſsit diſtribui, eſſet modicum; quòd tunc de pauperibus nobilibus non videatur ſenſiſſe.

149 Secunda dubitatio. Vtrum comprehendantur, qui ſuâ culpâ effecti ſunt pauperes, vt quia patrimonium malè viuendo conſumpſerunt? Reſpondetur affirmatiuè, quia præterita eorum culpa non tollit quominus verè ſint pauperes, & ſit opus pium eis ſubuenire. Ita cum Menochio, Eſcobar, & alijs Diana, *p.* 8. *tract.* 5. *reſolut.* 49.

Tertia dubitatio. Vtrum quando legatum eſt relictum pro maritandis pauperibus puellis comprehendantur, quæ ex ſuo labore viuunt? Reſpondent affirmatiuè Bald. *in l. Paupertas,* per eum textum, juncta Gloſ. *ibid. ff. de Excuſat. tutor.* Iaſ. *in l. Si conſtante, numer.* 151, *ff. Solut. matrimon.* & Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim. volunt. titul.* 5. *num.* 22. *aliàs* 23. *in nouiſsima edit.* Id verò intelligunt, ſi tales puellæ non habeant alimenta, idemque eſt ſi non habeant competentem dotem ad nubendum; cùm dos pro alimentis detur, & eorum loco ſuccedat. 150

Quarta dubitatio. Vtrum legatum pauperibus abſolutè relictum poſsit per executorem dari fabricæ Eccleſiæ pauperis? Negant Nauar. *in Manuali, cap.* 17. *numer.* 93. Peruſin. *in tract. de Canonica portione Epiſcopi, quæſt.* 7. Ludouic. Lop. 1. *p. Inſtructor. noui, cap.* 136. *fine,* Syluestr. *verb. Reſtitutio,* 8. *q.* 7. Angel. *ibid.* 2. *numer.* 20. Quia voluntas teſtatoris videtur eſſe, vt ſolùm perſonis pauperibus detur. Et hanc ſententiam probabiliorem, & tutiorem cenſet Sanch. *lib.* 4 *Opuſc. cap.* 1. *dubit.* 59. *numer.* 5. Eam verò limitant Syluestr. & Angel. niſi hoc redundaret in maius bonum pauperum. 151

Nihilominus tamen poſſe illud legatum ex interpretatione voluntatis teſtatoris expendi in fabricam vel reparationem Eccleſiæ pauperis, docent meritò Bald. *in l. Siquis ad declinandam, in princip. numer.* 10. *Cod. de Epiſcop. & cleric. & in l. Omnes qui, numer.* 7. *& in l. Id quod pauperibus, numer.* 34. *Cod. eodem titul.* Matienzo per *dict. l. Omnes qui, lib.* 5. *Recopil. titul.* 4. *l.* 6. *Gloſ.* 7. *numer.* 2. vbi in eandem ſententiam refert Ioan. Andream, Perez *lib.* 5. *Ordinam. titul.* 2. *l.* 1., *verſ. Succedit præterea,* referens Dominicum, & Crotum, Roſel. *verb. Reſtitutio,* 15. *num.* 3. Vuading. *de Contract. diſput.* 4. *dub.* 13. *§.* 6. *num.* 8. & Diana cum Janu- 152

ario, quem refert, *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 58. Atque hanc ſententiam eſſe ſatis probabilem affirmat Sanch. *loco ſup. citat.* eamque confirmat, tum ex multis authoritatibus Doctorum, quas refert; tum quia *in cap. Cum tua, de Vſuris*, dicitur, acquiſita injuſtè, quando non comparet dominus, eſſe pauperibus danda, & tamen omnes fatentur, poſſe expendi in alios pios vſus.

§. 11. *Quinam intelligantur nomine orphanorum, vel mulierum pauperum, quando legatum eis relinquitur per executorem diſtribuendum?*

SUMMARIUM.

AD effectum participandi de legato orphanis relicto, & ad cæteros alios, nomine, orphanorum, *intelliguntur, qui carent patre & ſunt impuberes. Si tamen legatum eſſet pro orphanis maritandis, etiam puberes comprehenduntur; num.* 153.

Ad effectum vt poſsint agitare litem in prima inſtantia coram Auditoribus Curiæ, orphani intelliguntur, qui carent patre, & ſunt minores 25. *annis; num.* 154.

Vtrum quando legatum eſt relictum, vt detur mulieribus pauperibus, poſsit dari etiam virginibus? num. 155.

Quando teſtator legatum reliquit pro dotandis, vel maritandis mulieribus pauperibus, non videtur de viduis ſenſiſſe; num. 156.

153 QVod attinet ad orphanos, vera reſolutio eſt, ad prædictum effectum participandi de legato, & cæteros alios effectus, nomine, *orphanorum*, intelligi, qui carent patre. Ita cum doctis Iuriſperitis Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 63. *numer.* 4. vbi in eandem ſententiam adducit Couar. Laurentium Vallam, Calepinum, Theſaurum linguæ latinæ, & Vocabularium Eccleſiaſticum: plures etiam refert eos ſequens Emman. Barboſ. *in Remiſſ. ad Ordinat. Reg. lib.* 3. *tit.* 5. §. 3. *numer.* 2. Addit verò idem Sanch. *numer.* 5. cum Paulo Caſt. Cyno, Alberic. & alijs, requiri etiam quod ſit intra ætatem pupillarem, vt dicatur orphanus. Id tamen meritò limitat, niſi legatum relinqueretur orphanis maritandis; cùm non niſi puberes matrimonio copulari poſsint, ideſt, poſt ætatem pupillarem, quæ in fæminis eſt vſque ad 12. annum, & in maſculis vſque ad 14. completum.

Illud etiam rectè notat idem Sanch. 154
numer. 3. cum Couat. & alijs, quod ad effectum, vt in prima inſtantia poſsint agitare litem coram Auditoribus Curiæ, vulgò, *Corregedores da Corte*, orphani dicuntur, quicumque carent patre, & ſunt minores 25. annis, idque licèt diuites ſint. Atque ita affirmat practicati in Hiſpania.

Quod verò attinet ad mulieres pau- 155
peres, dubitari in primis poteſt vtrum quando legatum relictum eſt, vt inter mulieres pauperes diſtribuatur, poſsit dari etiam virginibus? Et ratio dubitandi pro parte negatiua eſt, quia mulieris appellatione comprehenditur tantùm corrupta, *l. Quæritur, §. Mulierem, ff. de Ædilit. edicto, l. Exempto, §. Siquis virginem, ff. de Action. empti* Gloſ. *in l. Seruis legatis, verb. Virgines, ff. de Legat.* 3. Nihilominus tamen partem affirmatiuam tenet meritò Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 5. *num.* 22. *in nouiſsima edit.* Quia illius nominis ſignificatio virginibus etiam deſeruit; mulieres enim dici poſſunt, quæcumque fæminei ſunt ſexus, *l. Argento, §. Muliebri veſte legata, ff. de Auro, & argen. legato.* Et mulieris appellatione virgo etiam viri potens intelligitur, *l. Mulieris appellatione, ff. de Verb. ſignif.*

Dubitari præterea poteſt, ſi teſtator le- 156

gatum reliquit pro dotandis, & maritandis mulieribus pauperibus, an de viduis etiam videatur ſenſiſſe? Reſpondent negatiuè Baldus, & Iaſon, quos citat & ſequitur Mantica *vbi ſupra, num.* 21. Quia licèt mulierum appellatione propriiſsimè intelligantur corruptæ, *d. l. Quæritur, & d. l. Exempto*, tamen in dicto legato intelligendus eſt teſtator de primis nuptijs, per *l. Boues, §. Hoc ſermone, ff. de Verbor. ſignif.*

§. 12. Vtrum executor cui pauperum legatariorum electio commiſſa eſt, poſsit electione facta variare & alios eligere?

SUMMARIUM.

Regulare eſt, vt quando hæredi, vel alteri tertio commiſſa eſt per teſtatorem facultas eligendi, facta electione, variare non poſſe, num. 157. *Id verò non procedere in executore, cui commiſſa eſt electio pauperum, quibus legatum diſtribuatur, nonnulli ſentiunt: ſed contrarium eſt tenendum. Neque neceſſaria eſt acceptatio electionis ad hoc vt eligens variare nequeat; ibid.*

147 Reſpondet affirmatiuè Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 64. adducens in eandem ſententiam Angelum *in l. Sed ſi alio, §. Siquis ſub conditione, ff. Ad Trebel.* & Caſtillò *in l.* 35. *Tauri, num.* 1. ſequitur Cardin. Lugo *tom.* 2 *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 16. *num.* 338. qui licèt non negent, quòd regulariter in alijs caſibus, vbi hæredi, vel alteri tertio, commiſſa eſt facultas eligendi ad legatum eo modo relictum, non poteſt elector variare; tamen in legato pauperibus relicto, credunt variare poſſe; quòd cum hac libertate & reſeruatione cenſeatur electionem feciſſe, & ſic nullum jus per eam videatur electo acquiſitum.

Ego tamen non video quo probabili fundamento caſus iſte excipiendus ſit à generali regula in contrarium, deſumpta ex *l. Hujuſmodi, §. Stichum, ff. de Leg.* 1. ibi; *Cum autem ſemel dixerit hæres vtrū dare velit, mutare ſententiam non poterit*, quod Bartholus ita ſummat; *Ei, qui habet electionem ex vltima voluntate, variare non licet*, & ex *l. Serui electione, in princip. ff. eod.* ibi; *Serui electione legata, ſemel dumtaxat optare poſſumus:* quem textum eodem modo Bartholus ſummat: *& ſimilib.* Quamobrem in præſenti etiam caſu variari non poſſe meritò docet Vuading. *tract. de Contractib. diſp.* 4. *dub.* 13. *§.* 4. *num.* 6. Et ratio eſt primò, quia vbi executor ſemel pauperes elegit, functus eſt munere ſuo, & totum jus eligendi ſibi relictum conſumpſit, *l. Apud Aufidium, ff. de Optione legata.* Secundò, quia electio in hoc, & ſimilibus caſibus, ſolùm requiritur vt conditio, qua purificata jus electis acquiritur ex diſpoſitione teſtatoris, perinde acſi purè eis legatum relinqueret: nam puri, & purificati eadem eſt ratio; jus autem illis ſemel quæſitum tolli non poteſt per executorem, juxta regulam juris, *Id quod noſtrum, ff. de Regul. jur.*

Si autem quæras, vtrùm ſit neceſſaria acceptatio dictæ electionis, ad hoc vt eligens variare non poſsit? Reſpondeo negatiuè: ſatis enim eſt quòd executor declaret, ſe tales, aut tales pauperes ad eam eleemoſynam eligere. Quia per hoc functus eſt munere ſuo: & manet impleta conditio ſub qua talis eleemoſyna illis pauperibus relicta eſt. Confirmatur hoc argum. text. *in cap. Publicato, de Elect.* vbi facta electione per ſcrutinium, nequeunt electores, eo publicato variare. Cujus textus ea eſt ratio, quia talis electio eſt facta ex neceſsitate officij: quo vbi electores ſemel perfuncti ſunt, variare non poſſunt.

(:?:)

§. 13. *Vtrum munus, & poteſtas executoris teſtamenti, poſsit exerceri per alium; vel tranſeat ad hæredes, aut ſucceſſores?*

SUMMARIUM.

Munus executoris teſtamenti non poteſt delegari, neque exerceri per alium. Quod tamen tripliciter limitatur; num. 158.

Munus & poteſtas executoris non tranſit ad ejus hæredes, niſi teſtator contrarium expreſſerit; num. 159. *Id verò non procedit in executore miſto;* ibid.

Quando munus executoris relictum eſſet alicui habenti dignitatem, tranſit ad ejus ſucceſſorem, ſi ei relictum ſit ratione dignitatis. Et quando ita relictum cenſeatur? ibid.

158 Reſpondeo, & dico primò. Munus & poteſtas executoris teſtamenti non poteſt delegari, nec exerceri per alium. Ita relatis alijs. Syluest. *verb. Teſtamentum,* 2. *q.* 3. *dicto* 6. Spino *in Speculo teſtam. Gloſ.* 28. *num.* 21. Francus *in cap.* 2. *de Teſtament. in* 6. *§. Sane,* Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 248. *verſ. Obſerua autem,* Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 41. *dicto* 1. Carpius *de Execut. teſtament. lib.* 1. *cap.* 18. & cæteri communiter. Ratio eſt, quia ad hoc munus obeundum electa eſt per teſtatorem induſtria perſonæ executoris: munus autem ad quod electa eſt induſtria alicujus perſonæ non poteſt delegari alteri, nec per alterum exerceri.

Intellige vero prædictam reſolutionem, primò, niſi opus exequendum eſſet certum, & ab ipſo teſtatore declaratum: vt erogatio alicujus rei certæ, & certo loco facienda. Nam hoc bene poteſt alteri committi per ipſum executorem. Ita Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. ultim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 2. *num.* 39. *per not. in cap. Is cui, de Offic. deleg. in* 6 Riminal. *ſen. conſil.* 336. *num.* 44. Carpius *vbi ſupra,* & cum alijs Sanch. *d. dub.* 41. *dicto* 2. licèt ſubdubitet, dicens, fortè poſſe id alteri committi. Ratio patet, quia talis executio, cùm conſiſtat in facto omnino certo, nullam exigit induſtriam, ſed per quemcumque etiam minimè induſtrium, æquè bene expediri poteſt.

Intellige ſecundo, niſi teſtator expreſſe executori conceſſerit, vt poſsit alterum ſibi ſubſtituere, ſeu loco ſui eligere. Ita Carpius *d. cap.* 18. *ad fin.* & conſtat facilè, quia executor eſt quidam mandatarius, ſeu procurator, cui teſtator committit executionem ſui teſtamenti, *l. Et ſi quis, verſ. Si cui funeris, ff. de Religioſ. & ſumptib. funer. l. Si verò, § finali, ff. Mandati,* Bald. *conſil.* 456. *ſub numer.* 2. *verſ. Sed non eſt nouum lib.* 4. *& in l. Si ſeruus legatus, §. Cum quid, ff. de Legat.* 1. Angel. *conſil.* 328. *col. pen. verſ. Conſtat autem,* & Simon de Præt. *d. dubit.* 2. *num.* 30. Patet autem procuratorem conſtitui poſſe cum poteſtate ſubſtituendi ſibi alium, vel alios.

Intellige tertiò, niſi executio ſeu poteſtas exequendi deuoluta eſſet ad Epiſcopum, vel judicem ſæcularem, ob negligentiam executoris deſignati à teſtatore vel ob aliam cauſam de jure ad eum pertineret. Talis enim judex, cùm habeat illam poteſtatem de jure, eaque ſit annexa ejus muneri, bene poteſt illam delegare ex generali regula, quòd judex ordinarius delegare poteſt quamlibet functionem ſui muneris. Et ita in ſpecie docent Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 42. *numer.* 16. & Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 248. *num.* 4. & conſtat ſatis ex dictis *ſect.* 1. *§.* 6. *num.* 65.

Dico ſecundò. Munus & poteſtas executoris non tranſit ad ejus hæredes. Ita 159
Francus *in cap.* 2. *de Teſtament. in* 6. *§. Sanè,* & ibi Gloſ. *verb. Mortuo,* Syluest. *verb. Teſtamentum,* 2. *q.* 4. *dicto* 1. Armil. *verb. Executor, num* 4 Tabiena *eod. verb. q.* 3 Roſel. *verb. Reſtitutio,* 15. *numer.* 6. Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 248. *verſ. Obſerua autem,* Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.*

cap. 1. *dub.* 41. *numer.* 3. & cum multis alijs Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *num.* 67. Cùm enim ad hoc munus electa ſit induſtria perſonæ executoris à teſtatore nominati, eum ipſa perſona finitur, & ſic nec ad hæredes, nec ad alios ejus ſucceſſores tranſire poteſt: quod intellige, niſi teſtator contrarium expreſſerit, vt eum alijs aduertit Sanch. *vbi ſupra*, & conſtat ex dictis in ſecunda limitatione ſuperioris reſolutionis principalis.

Limita præterea primò præſentem reſolutionem, vt non procedat in executore miſto, ideſt, qui ſimul eſt hæres, & executor à teſtatore nominatus. Is enim ſi in vita ſua non impleat voluntatem defuncti, onus eam implendi tranſmittit ad ſuum hæredem, vt bene declarat Simon de Præt. *d. dubit.* 2. *num.* 54. eſtque indubitatum.

Limita ſecundò, vt etiam non procedat, quando dictum munus executoris commiſſum eſſet habenti aliquam dignitatem, ratione ipſius dignitatis: vt ſi teſtator dixit; *Committo executionem mei teſtamenti Epiſcopo Conimbricenſi.* Tunc enim tranſit ad ſucceſſorem in tali dignitate: quia tunc non cenſetur commiſſum perſonæ, ſed dignitati. Ita Cardinal. *in Clem.* 1. *de Teſtam.* Gloſſa *in cap.* 2. *de Teſtament. in* 6. *verb. Expreſſerit*, Sylu. *verb. Teſtamentum*, 2. *q.* 4. Armil. *verb. Executor*, *num.* 4. Tabiena *ibi*, *q.* 3. Angel. *verb. Reſtitutio*, 15. *num.* 6. Sanch. *d. dub.* 41. *num.* 4. Lugo *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 16. *num.* 328. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 16. Vbi aduerte ex Sanch. *ſupra*, *num.* 5. & alijs, quos refert, quòd quando in commiſsione apponitur nomen proprium perſonæ dignitatem habentis, ſiue ſolùm, ſiue ſimul cum nomine dignitatis, tunc non cenſetur commiſsio facta dignitati, ſed perſonæ, vt ſi teſtator dixit, *Conſtituo meum teſtamentarium Petrum Epiſcopum Conimbricenſem.* Si autem ſolùm apponatur nomen dignitatis, vt dicendo, *Conſtituo meum teſtamentarium talem Epiſcopum, vel Archiepiſcopum*, tacito ejus nomine proprio, commiſsio cenſetur facta ratione dignitatis, niſi talis commiſſarius ſit propinquus; nam tunc, licèt ejus nomen non fuerit expreſſum, electus videtur ratione perſonæ, ob peculiarem affectionem erga illam propter ejus propinquitatem. Multi tamen ſatis probabiliter aſſerunt, quòd ſi nomen dignitatis præponatur, tunc commiſsio cenſetur facta ipſi dignitati, & tranſit ad ſucceſſorem: ſi autem præponatur nomen proprium, cenſetur commiſsio perſonalis, & ad ſucceſſorem non tranſit. Sic Barthol. *in l. More, in fine, ff. de Iuriſd. omn. judic.* & ibi Decius *num.* 55. Iaſ. *num.* 65. & Curtius *jun. fine*, & alij, Imola *in l. Si ſeruus communis, num.* 2. *init. ff. de Stipulat. ſeru.* & ibi Angel. *in princip.* & alij per *cap. Quoniam, & ibi DD. de Officio delegati.* Quam ſententiam probabilem dicit Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 27. *num.* 20. quem vide.

SECTIO III.

De obligationibus, & oneribus, quibus executores teſtamentarij tenentur.

NOn paucæ, nec leues ſunt obligationes, & onera, quæ executoribus teſtamentarijs ratione talis muneris incumbunt. Eo ipſo enim, quo illud acceptant obligationem contrahunt exequendi fideliter voluntatem defuncti, ſimulque ſubjiciuntur diſpoſitioni juris, quoad omnia, quæ pro ea executione vrgenda à jure præſcripta ſunt. De his ergo obligationibus & oneribus in præſenti dicendum.

§. 1. *Qualis & quanta ſit obligatio, qua executores tenentur implere voluntatem defuncti.*

SVMMARIVM.

E*Xecutor non ſolùm jure humano, ſed etiam naturali, & diuino, tene-* im-

implere voluntatem defuncti: & quæ hujus obligationis ſit radix? num. 160.

Executor eſt mandatarius, & procurator defuncti, cujus mandato ſecuta acceptatione, etiam poſt mortem ipſius defuncti, naturaliter obligatur; ibid.

Dicta executoris obligatio ex genere ſuo eſt grauis, & ſub mortali, propter nocumentum, quod vel ipſi defuncto, vel alijs, ex omiſſa executione ſequitur, quod particulatim oſtenditur; numer. 161. *& ſeq.*

Quo pacto animæ defuncti proſit executio ſuffragiorum, & piorum operum, quæ poſt mortem ſuam fieri mandauit? num. 162.

Dicta obligatio executoris tam reſpectu eorum, quibus teſtator dare juſsit, quàm ipſius teſtatoris defuncti, eſt ex rigoroſa juſtitia; num. 163. *& ſeqq.*

160 IN primis ergo conueniunt DD. & certiſsimum eſt, teneri executorem in conſcientia, non ſolùm jure humano, ſed etiam naturali, & diuino, implere voluntatem defuncti, ſeu efficere, & curare, vt ea impleatur. Ratio, & radix hujus obligationis eſt, quia executor teſtamentarius eſt verè mandatarius, cui ſcilicet teſtator commiſit executionem teſtamenti, quæ commiſsio verum mandatum eſt, *cap. Ioannes, de Teſtament.* ibi; *Poſt mandatum ſuſceptum.* Neque enim per ſolum actum inter viuos, ſed etiam per vltimam volunratem dàri poſſe mandatum ad aliquid exequendum poſt mortem mandantis, probat clarè text. *in l. Et ſiquis, verſ. Si cui funeris, ff. de Religioſ. & ſumpt. fun.* ibi; *Si cui funeris ſui curam teſtator mandauerit, & in l. Si verò, §. fin. ff. Mandati,* ibi; *Si vt poſt mortem ſibi monumentum fieret quis mandauit:* quo caſu, ſicut in multis alijs, ceſſat illa generalis regula, quòd mandatum expirat morte mandantis, vt aduertit Gloſ. *in l. Mandatum, Cod. Mandati.* Et ita quod executor à teſtatore nominatus ſit quidam mandatarius; & procurator defuncti, docet cum Baldo & alijs Simon de Prætis *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dub. 2. num.* 30. Mandatarius autem vbi mandatum acceptauit, eo ipſo manet obligatus ad illud integre, & fideliter exequendum, vt eſt notiſsimum, & latè declarat Molina *tom. 2. de Iuſtit. diſput. 549. §. Quamuis ante,* vbi quamuis loquatur de mandato inter viuos, attamen eadem eſt ratio de mandato per vltimam voluntatem: nam ſiue hoc, ſiue illo modo datum ſit, illius acceptatio per mandatarium eſt veluti donatio, qua ſe obligat ad illud exequendum. Ergo cùm executor ſit mandatarius ex vero, & valido mandato, quo ei mandata eſt executio teſtamenti, planè vbi acceptauit, obligatus manet ad illud integrè, & fideliter exequendum, quæ obligatio cùm oriatur ex conſenſu tum mandantis, tum mandatarij, & non præciſè ex aliqua lege poſitiua, proculdubio conſurgit naturaliter, & ſic eſt de jure naturæ, ſicut omnes aliæ, quæ ex conſenſu oriuntur.

Conueniunt præterea DD. dictam 161
obligationem eſſe ex ſuo genere grauem, & ſub mortali; adeo vt non ſolùm omnimoda omiſsio, ſed etiam notabilis mora exequendi teſtamentum, ſit mortaliter culpabilis, vt latè multis relatis DD. probat Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 53. num. 5. & ſeq.* & tradit etiam Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſp. 251. §. Dubium; item eſt.* Ratio eſt, quia materia talis obligationis ex genere ſuo eſt grauis, propter graue nocumentum, quod regulariter ex illa omiſsione ſequitur, vel ipſi teſtatori, vel alijs, in quorum gratiam teſtamenti executio mandata, & acceptata eſt. Quod facilè declaratur: nam ſi executor omittat ſoluere legatarijs, aut creditoribus defuncti, eos priuat re, aut ex teſtamento, aut alio etiam titulo ipſis debitâ, ad cujus ſolutionem exequendam ſe obligauit; quæ res ordinariè eſt grauis, & ſufficiens materia peccati mortalis in eo genere, vt notiſsimum eſt, vel omittit exequi legata pia, quæ teſtator pro ſua anima reliquit; & tunc grauiter etiam nocet ipſi teſtatori; quia licèt ea omiſsio ei non noceat quoad meritum; cum poſt mor-

mortem jam non ſit in ſtatu merendi, neque ipſum meritum pendeat a voluntate, & operatione alterius: attamen nocet illi, quoad liberationem à pænis purgatorij.

162 Nam ſi omittantur miſſæ, quas teſtator juſsit pro ſe offerri, priuatur fructu ſatisfactionis horum ſacrificiorum, quatenus ex ipſo opere operato ſunt ſatisfactoria pro illis pænis, vt eſt notiſsimum Si omittantur preces. & officia diuina, quæ pro ſe recitari, aut cantari juſsit, priuatur eorum fructu, quatenus ſunt impetratoria remiſsionis earum pænarum. Si denique omittantur eleemoſynæ, & alia pia opera à teſtatore legata, vt conſtructio, aut reparatio alicujus Hoſpitalis, vel Eccleſiæ, & ſimilia, tunc licèt ea omiſsio directè, & per ſe loquendo ei non obſit quoad ſatisfactionem, juxta ſententiam, quam contra communem ex Soario tradidimus, & probauimus *diſp. 2. ſect. 9 §. 1. num.* 278: aſſerentem hujuſmodi opera, vt fiunt ab hærede, vel alio miniſtro de mandato defuncti, non eſſe ſatisfactoria pro illo, attamen aliâ viâ illi nocet; quia adhuc illa opera multum ei prodeſſe poſſent: tum quia recipiens eleemoſynam, vel aliud beneficium ex mandato defuncti, hoc ipſo excitatur ad orandum, & ſatisfaciendũ pro illo, atque ex gratitudine ad id tenetur: tum etiam, quia vt *citato loco num.* 279: ex eodem Soar. notauimus, poſſunt illa opera vt facta ex mandato defuncti conferre aliquid ad impetrandam remiſsionem pænarum Purgatorij per orationes, quæ pro defuncto fiunt, cùm vt ſic mouere poſsint Deum ad tales orationes faciliùs audiendas, & aliquod beneficium ex miſericordia præſtandum. Quocirca grauiter ſolet Deus punire, qui contra dictam obligationem omittunt, vel per multum tempus differunt executionem teſtamentorum, qua de re notabiles caſus in hiſtorijs leguntur.

163 Qualis autem ſit dicta obligatio, an ſcilicet ſit ex juſtitia, vel ex alia virtute? Reſpondeo eſſe ex juſtitia. Ita reſpectu eorum, quibus teſtator aliquid dari, aut ſolui juſsit, docet Sylueſt. *verb. Teſtamentum,* 2. *q.* 9. Molina *d. diſp.* 251. §. *Dubium item eſt,* & ex illis Fagund. *de Contractib. lib. 6. cap. 4. num. 7.*, & Diana *p. 8. tract. 5. reſol.* 12. videturque eſſe omnium ſententia. Ratio eſt, quia executor acceptando mandatum teſtatoris de teſtamento exequendo, non ſolùm cenſetur ſe obligaſſe ad illud exequendum in gratiam ipſius teſtatoris, à quo mandatum accepit, ſed etiam in gratiam eorum, quibus teſtator dari mandauit: vnde ſi non ex proprio contractu, ſaltem ex quaſi contractu illis obligatur ad teſtamentum exequendum, quatenus eorum intereſt: ad eum ſcilicet modum, quo hæres acceptando hæreditatem, quaſi contrahit cum legatarijs, & ex tali quaſi contractu illis obligatur præſtare legatum, *l. Apud Iulianum, §. fin ff. Quibus ex cauſis in poſſeſsionem.* Conſtat autem obligationem ex quaſi contractu, eſſe de juſtitia, quemadmodum quæ oritur ex contractu, vt eſt notiſsimum. Iam verò ſi apud ipſum executorem ſint bona, quæ teſtator illis dari juſsit, clarum eſt, teneri eum de juſtitia ea illis dare, cùm ſint illis debita, ſaltem ex teſtamento, & alienum abſque injuſtitia retineri non poſsit, per ſe loquendo, vt notiſsimum eſt.

Reſpectu autem ipſius teſtatoris, cre- 164
dit Sylueſt. *vbi ſupra*, ſolùm ex charitate obligari executorem implere legata pia, quorum executio prodeſſe poteſt animæ defuncti, vt à pænis Purgatorij ſoluatur: idemque approbant Fagund. & Diana *loc. citat.* Ego verò exiſtimo non ſolùm ex charitate, ſed etiam ex juſtitia ad id teneri. Ducor, quia mandatarius acceptando mandatum contrahit directè, ac per ſe obligationem juſtitiæ reſpectu mandantis ad exequendum mandatum, quatenus ipſius mandantis intereſt illud impleri, vt nemo diffitetur: in præſenti autem executor eſt verè mandatarius teſtatoris, à quo mandatum accepit, vt *num.* 160. probatum eſt: ergo tenetur ex juſtitia reſpectu teſtatoris exequi ſibi ab eo mandata, quatenus ipſius defuncti intereſt ea impleri. Quod ſi dicas cum defunc-

functis nullum poſſe eſſe commercium, aut negotium, & ſic ex nullo actu viuorum illis poſſe acquiri jus ad aliquid ipſis, vel in eorum gratiam præſtandum. Reſpondeo, hoc verum eſſe quoad res temporâles, à quibus defuncti omnino efficiuntur alieni: ſecus autem quoad ſpirituales, quarum illi ſunt capaces, & à viuis præſtari poſſunt; cujuſmodi ſunt ſuffragia, & pia opera, quæ illis, ſeu eorum animis prodeſſe poſſunt, nam quoad hæc non ſunt omnino ſeparati à commercio viuorum, ac proinde neque incapaces acquirendi jus, vt ſibi ex juſtitia præſtentur.

165 Confirmatur, & declaratur ampliùs reſolutio, quia ex delicto viuorum aduerſus defunctum acquiritur illi jus ad reſtitutionem, & reparationem damni; nam ſiquis defunctum per mendacium infamet, tenetur ex juſtitia reſtituere illi famam: item ſi aliquis per vim, aut mendacium impediat, ne alter pro defuncto offerat aliqua ſuffragia, tenetur ex juſtitia reſpectu ipſius defuncti illud damnum reſarcire, offerendo pro illo ea, aut ſimilia ſuffragia, vel efficiendo vt per alium offerantur; quod nemo inficiabitur. Ergo etiam ex contractu (qualis cenſetur eſſe dicta acceptatio executoris, cùm ſit veluti donatio, vt ſupra monuimus) illi poteſt acquiri jus ad præſtationem bonorum, quorum eſt capax, & quæ à viuis ei præſtari poſſunt.

166 Reſpondebit aliquis, ad acquirendum jus per contractum requiri mutuum conſenſum, & acceptationem partium: defunctum verò jam non poſſe acceptare illam veluti donationem executoris acceptantis mandatum defuncti; & ſic nòn valere illud argumentum. At hoc facilè excluditur; quia licèt teſtator poſt mortem non acceptet illam veluti donationem executoris, attamen quando mandatum illi dedit, eam ex tunc acceptauit, idque ſatis eſt vt ſecuta poſtea acceptatione, & veluti donatione executoris, contractus perficiatur, & jus teſtatori acquiratur: ſicut quando quis per epiſtolam aliquid mandauit, & mandatarius in abſentia acceptauit, nulla alia acceptatio ex parte mandantis requiritur vt contractus mandati perficiatur, & jus mandanti acquiratur. Nec obſtat ſi dicas, quòd ſecundùm rei naturam illa anticipata acceptatio mandantis in mandato incluſa per illius mortem perit, & omnem vim amittit, juxta communem regulam, quòd voluntas hominis morte illius extinguitur: nam hoc etiam facilè remouetur, ſi aduertas, quòd quanuis ſecundum præciſam rei naturam voluntas finitur morte: aliud tamen eſt, ſi adminiculetur, & quaſi priuilegietur à jure, vt etiam poſt mortem vim habeat. Hac enim ratione omnis vltima voluntas non ſolùm vim habet poſt mortem diſponentis, ſed etiam per ipſam mortem confirmatur, & totam vim accipit. Vnde ipſum etiam mandatum quando eſt de re poſt mortem exequenda, morte mandantis non extinguitur, vt *ſupra, num.* 160. ex ipſo jure probatum eſt, & notat Molina *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 263. *§. Dixi, mandatum.* Addo tandem ipſum etiam jus, ſeu legem acceptare nomine defuncti illam quaſi donationem executoris, quam vult eſſe firmam, & irreuocabilem, idque ſufficere vt ex illa jus acquiratur ipſi defuncto ſicut ex donatione, vel promiſsione facta infanti jus illi acquiritur ob acceptationem, qua lex eam acceptat, & firmam eſſe vult, *l. Iubemus, Cod. de Emancipat. liber.* ibi, *Niſi infantes ſint.*

§. 2. Quo tempore teneantur executores, & hæredes exequi voluntatem defuncti?

SUMMARIUM.

Quando teſtator præſcripſit tempus, intra quod ſua voluntas executioni mandaretur, tenetur hæres & executor illam exequi intra illud tempus, non autem celeriùs; num. 167. *Tempus præſcriptum à teſtatore ad exequendam ejus voluntatem, computandum*

dum eſt à die ſcientiæ executorum, atque aditæ hæreditatis, quamvis teſtator dixerit, à die mortis ſuæ; numer. 168. Id verò quoad computationem ab hæreditate adita, fallit in legatis pijs. Et quid circa hoc diſponant aliquæ Conſtitutiones Synodales Luſitaniæ? num. 169. & ſeq.

Licet teſtator dilationem conceſſerit executioni ſui teſtamenti, hæres tamen tenetur primo quoque tempore illud exequi quoad reſtitutionem pro malè ablatis, & ſolutione debitorum: non ita verò merus executor, niſi apud ſe habeat bona, ex quibus pro illis debitis ſatisfaciendum eſt; num. 171. & ſeqq.

Quando teſtator nullum præſcripſit tempus executioni teſtamenti, tenentur in conſcientia executores, & hæredes illud exequi quamprimum poterint, peccabuntque graviter, ſi diu executionem differant, & quanta dilatio ad id ſufficiat? num. 174. & ſeq.

Si executio teſtamenti propter aliquod impedimentum non poſsit ſtatim fieri, curare debent executores, & hæredes, quantum commodè poterint, vt impedimentum remoueatur, eoque ceſſante ſtatim ad executionem procedendū eſt. Et quid circa hoc diſponant Ordinationes Luſitaniæ? num. 177.

Licitum interdum erit propter aliquod maius bonum differre per breue tempus executionem piorum relictorum, & quid in hoc conſiderandum ſit? numer. 178.

In foro externo non cogitur executor exequi ſtatim voluntatem defuncti, ſed ſemper expectatur aliquod tempus certum à iure aſsignatum; num. 179.

Epiſcopus cogere poteſt executorem, vt teſtamentum exequatur intra breuius tempus, quàm per jus aſsignatum eſt. Et idem poteſt judex ſæcularis; numer. 180.

167 PRima concluſio hac in re ſit: Quando teſtator præſcripſit tempus, intra quod voluit, aut ordinauit, vt contenta in ſuo teſtamento executioni mandarentur, tenetur hæres, & executor illa exequi intra id temporis ſi poſsit; non autem celeriùs. In hac concluſione conueniunt omnes: illamque vt veram ſupponunt Ordinat. Luſitanæ *lib.* 1. *titul.* 62. *§.* 1. & pleræque Conſtitutiones Synodales Epiſcopatuum hujus Regni, dum ſtatuunt, vt ante elapſum dictum tempus à teſtatore præſcriptum non cogantur hæredes, vel executores rationem reddere eorum, quæ acceperunt, vel expenderunt. Ratio patet, quia obligatio exequendi voluntatem teſtatoris regulatur per ipſam ejus voluntatem: ergo ſi ille conſtituit tempus, intra quod fiat executio non poteſt ea obligatio eſſe ſtrictior, & ſic non vrget vt hæredes, vel executores celeriùs exequantur; ſed ſolùm vt exequantur intra illud tempus. Additur autem in dictis Ordinationibus, & Conſtitutionibus, quando teſtator dixiſſet, *Si executores non potuerint implere intra primum annum, impleant in ſecundo, & ſi non potuerint in ſecundo, impleant in tertio*; quòd tunc ſi primo anno diſpoſitionem teſtatoris non impleant, teneantur coram competente judice probare, ſe non potuiſſe eam implere; & ſi id probauerint, eis concedatur ſecundus annus; & ſimiliter etiam tertius, ſi oſtenderint, quòd etiam in ſecundo implere nequiuerunt; alioqui incidant in pœnas negligentium exequi tempore debito voluntatem defuncti.

Obſeruant etiam graues DD. quos citat, & ſequitur Molina *tom.* 1. *diſp.* 251. *paulò poſt princip.* tempus à teſtatore præſcriptum, ad implementum ſuæ voluntatis, computandum eſſe à die ſcientiæ executorum, atque aditæ hæreditatis, quamvis teſtator dixerit, à die mortis ſuæ: *argum. text. in l. Statu liberos, §. Siquis hæredi, ff. de Statu liber. & in l. vltim. §. Si autem dubius, juncta Gloſ. ibi, Cod. de Iure deliber.* Et idem affirmant de tempore aſsignato à jure, vel per Conſtitutiones Synodales, pro implenda voluntate defuncti, licèt ſolùm expreſſerint tempus à die mortis teſtatoris. 168

Hoc tamen quoad computationem 169
tem-

temporis à die aditæ hæreditatis, difficultate non caret in legatis pijs, quæ etiam non adita hæreditate ex teſtamento, vel ab inteſtato debentur, & implendæ ſunt, juxta magis receptam DD. ſententiam. Quocirca in Conſtitutionibus Synodalibus Epiſcopatus Conimbricenſis, *tit. 16. conſtitut. 4. §. E outro ſi*, declaratur, annum & menſem, qui in ijſdem Conſtitutionibus aſsignatur executoribus, & hæredibus ad implendas pias voluntates defunctorum, intelligendum eſſe, licèt hæreditas non ſit adita ex teſtamento, vel ab inteſtato. Et ne hac de cauſa executio differatur ſtatim *in § ſeq.* præcipitur executoribus vt ſi hæreditas non ſit adita, quando primùm nouerint ad ſe pertinere executionem, continuo intra 20 dies à die talis notitiæ computandos requirant à judice, vt obliget hæredes ſcriptos eam adire, & ſi hi non exrent, vel noluerint eſſe hæredes, conſtito de hoc, curent diligenter vt venientes ab inteſtato eam acceptent, & ſi intra dictos 20. dies hæreditas non fuerit adita, vel debitam diligentiam non adhibuerint, vt adeatur, aſſignatur illis alij 20. dies, vt eam diligentiam adhibeant, & ſi eam omittant, priuantur ipſo facto officio executorum, & quolibet legato aut emolumento, quod ratione illius eis fuerit relictum.

170 Additur præterea in eiſdem Conſtitutionibus *loc. citat.* & in Conſtitutionibus Epiſcopatus Portalegrenſis, *lib. 4. tit. 6. cap. 5. num. 2.* ad vitandam dilationem executionis propter lites inter hæredes ſcriptos, & ab inteſtato, vt executores etiam ante aditam hæreditatem, ſi apud ſe habuerint bona defuncti, impleant ſtatim legata pia; & ſi bona non habuerint, requirant à judice competente, vt cogat ea ſibi tradi ad dictum effectum: alioqui habentur pro negligentibus, & pœnis negligentium ſubjiciuntur. Quia verò de jure nemo regulariter poteſt cogi acceptare munus executoris, præcipitur in Cóſtitutionibus Portalegrenſibus *loc. citat.* vt executor à teſtatore nominatus, quando nec ipſe, nec ſocius, ſi ei datus ſit, acceptare voluerit, certiorem de hoc faciat Vicarium Generalem intra decem dies poſtquam nouerit, ſe eſſe nominatum executorem: & ſi id omittat, nequeat poſtea excuſari, nec deobligari à teſtamento exequendo, donec cum effectu rationem de illo reddat. Et idem ferè habetur in Conſtitutionibus Conimbricenſibus, *vbi ſupra.*

Obſeruandum item eſt, præfatam con- 171
cluſionem non habere locum in hæredibus quoad relicta pro reſtitutione malè ablatorum, vel ſolutione debitorum, hæc enim primo quoque tempore ſunt exequenda, nihil obſtante, quòd teſtator præfixerit longius tempus pro eorum executione. Ratio eſt clara, quia ipſe teſtator, ſi viueret, non poterat differre eam reſtitutionem, vel ſolutionem, ſed primo quoque tempore tenebatur eam facere, ſi poſſet, ne retineret alienum inuito domino; omnis autem hujuſmodi obligatio, cùm ſit de juſtitia, ipſo jure tranſit ad hæredem, nec teſtator eam poteſt impedire; atque adeo nec concedere dilationem hæredi, vt non teneatur illi ſtatim ſatisfacere, vt optimè aduertit Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dubit. 53. numer. 5.*

Aliud verò eſt in executore, qui hæres 172
non eſt: quia merus executor acceptando mandatum, ſeu commiſsionem exequendi voluntatem defuncti, non ſubit obligationes ipſius defuncti, ſed tantummodo obligatur exequi ejus mandatum, juxta voluntatem, & commiſsionem illius. Ergo ſi defunctus ei mandauit vt intra certum tempus, v.c. vnius anni, reſtitueret, aut ſolueret prædicta debita, ſolùm obligatur ad id exequendum intra illum annum, non verò minori tempore: cùm obligatio mandatarij, non excedat limites mandati. Id verò intelligo, niſi talis executor apud ſe haberet omnia bona defuncti, vt quando eſſet executor vniuerſalis, qui eſt loco hæredis: vel niſi teſtator certa bona deſignaret, ex quibus illa reſtitutio vel ſolutio fieret, & hæc eſſent apud executorem. Nam tunc, cùm talia bona eſſent obligata illi ſatisfactioni, ratione eorum teneretur de juſtitia primo

mo quoque tempore illa reſtiiuere; quia alioqui retineret alienum inuito domino, vt patet.

173 Addo præterea, ſi teſtator generaliter dixiſſet, quòd executor intra vnum annum, vel aliud certum tempus, exequeretur ſuum teſtamentum, vel diſpoſita in teſtamento; & ex his quædam ſint merè legata, quædam verò relicta pro ſoluendis debitis, vel malè ablatis; tunc eam prorogationem temporis ſolùm debere intelligi quoad legata; quia in diſpoſitione generali non veniunt ea, quæ veroſimiliter exciperentur, juxta regulam. *In generali, de Regul. jur. in 6.* dubitari autem non poteſt, quod teſtator ſi interrogaretur, reſponſurus eſſet, mentem ſuam non eſſe, vt etiam executio relictorum pro debitis, vel malè ablatis, differri poſſet; cùm licitè id velle non potuerit.

174 Secunda concluſio: Quando teſtator non aſsignauit tempus intra quod executioni mandaretur ejus teſtamentum, tenentur in conſcientia executores, & heredes illud exequi quamprimùm potuerint: peccabuntque grauiter ſi diu eam executionem differant. Ita communis DD. ſententia, quam relatis alijs tradunt Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 53. numer. 5. & 6.* Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 251. §. Dubium item eſt;* Diana *p. 8. tract. 5. reſol. 52.* Cardin. Lugo *tom. 2. de Iuſt. diſput. 24. ſect. 11. num. 256.* & Fagund. *de Contractib. lib. 6. cap. 4. numer. 7.* Idem habetur *in l. 6. tit. 10 part. 6.* vbi declaratur, quamprimùm executores potuerint, teneri exequi voluntatem defuncti: ſumiturque ex *l. Cum res, ff. de Legat. 1.* vbi ſtatuitur, ſi res legata propria erat teſtatoris, & hæres copiam illius haber, teneri eam ſtatim abſque vlla mora ſoluere, & ex *l. Si domus, §. In pecunia, ff. eod.* vbi habetur, ſi pecunia legata ſit, debere ſolui intra breue tempus. Idem etiam loquendo de legatis pijs expreſsè declarant aliquæ Conſtitutiones Synodales Epiſcopatuum hujus Regni, vt Conimbricenſ. Lamecenſ. & Elbenſ.

Ratio verò eſt, quia vt latè probauimus, 175
& declarauimus *§. præced.* executores teſtamentorum tenentur de jure naturali exequi voluntatem defuncti, idque ex rigoroſa juſtitia, tam reſpectu creditorum, & legatariorum, quàm etiam reſpectu ipſius defuncti; quatenus eorum intereſt; obligatio autem ſoluendi, vel præſtandi aliquid ex juſtitia debitorem vrget primo quoque tempore, eſtque obligatio grauis, aut leuis, juxta capacitatem materiæ. Ergo cùm materia executionis teſtamentorum regulariter ſit grauis, & capax obligationis ſub mortali, non ſolùm culpam grauem admittet executor, qui omnino omiſerit exequi teſtamentum, ſed etiam qui diu eam executionem diſtulerit; quando ſcilicet ea dilatio fuerit tanta, vt ij, quorum intereſt, graue nocumentũ ex illa patiantur. Si enim nullum aut leue tantùm nocumentum illis ſequatur ex aliqua dilatione, etiam diuturna, non ſufficiet ad peccatum graue contra juſtitiam, neque etiam contra charitatem: quia licèt materia ſit grauis reſpectu omnimodæ omiſsionis, aut valde nociuæ dilationis; grauis tamen non eſt reſpectu dilationis, quæ nihil, aut parum nocet, vt per ſe conſtat.

Cæterùm reſpectu defuncti quælibet 176
conſiderabilis dilatio executionis piorum legatorum, & ſuffragiorum, quæ illi proderunt, vt citiùs à pœnis Purgatorij liberetur, grauiter illi nocebit, præſertim ſi ea ſuffragia fuerint Miſſæ ſacrificia, quæ certiùs, & ex ipſo opere operato ad ſatisfactionem pro illis pœnis proſunt, prout ex dictis *§. præcedent. numer. 162.* conſtat. Quare minor dilatio horum ſuffragiorum ſufficiet, vt executor ea differens grauis culpæ damnetur. Vniuerſim autem executores, qui diu omittunt exequi pia relicta grauiter peccare cenſentur ob damnum, quod animæ defunctorum in Purgatorio detentæ ex ea dilatione patiuntur. Vnde *in cap. Qui oblationes, primo, & ſecundo, 13. quæſtion. 2.* executores, qui notabiliter differunt exequi pia legata, dicuntur necatores animarum, &

tanquam infideles ab Eccleſia abjiciendi; id eſt, excommunicandi, vt declarat Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 53. *numer.* 6. & ita docent communiter DD. vt apud eundem Sanch. plurimos referentem videre licet.

177 Dixi autem in prædicta concluſione, *quamprimùm poterint*; quia ſæpe ob impotentiam, vel aliud impedimentum, excuſantur executores & hæredes à teſtamento ſtatim exequendo, vt ſi ſint abſentes, vel agitatur lis inter hæredes ſcriptos & ab inteſtato circa valorem teſtamenti, & ſimilia; in quibus euentibus curare debet executor quantum commodè poterit, vt impedimenta remoueantur; & cùm illa ceſſauerint, tunc ad executionem teſtamenti quamprimùm procedendum eſt. Vnde in Ordinationibus Luſitanis *lib.* 1. *titul.* 62. *§.* 2. expreſsè diſponitur, vt quando executores fuerint impediti, eoquod bona, ex quibus voluntas teſtatoris implenda eſt, ſint litigioſa, vel poſſeſſa ab alio, vel quia aliquis ea in judicio poſtulat, non currat illis tempus executioni aſsignatum, niſi à die quo ſententia in eorum fauorem lata fuerit, & in rem judicatam tranſierit: dummodò tamen omnem diligentiam adhibeant, tum in mouenda ſtatim lite, tum in ea proſequenda, ita vt culpâ ſuâ non retardetur. Quando autem aliud impedimentum habuerint, illud allegent, recurrendo ad ipſum Regem, vt prouideat, ſicut ipſi bene videbitur.

178 Notant etiam graues DD. licitum, & laudabile eſſe, ſi executores per breue tempus differant executionem piorum relictorum, vt rebus defuncti meliùs venditis vberiores eleemoſynas pro ejus anima largiantur: ſecus autem ſi per multum tempus differant. Ita Syluеſt. Angel. Tabien. D. Antonin. & alij, quos citat & ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſculor. cap.* 1. *dub.* 53. *numer.* 8. Quia in hoc caſu executionis tarditas, ſi modica ſit, compenſatur maiore numero, & fructu eleemoſynarum, & aliorum ſuffragiorum, quæ ordinariè magis proderunt animæ defuncti, vt citiùs à pœna Purgatorij liberetur, quàm ſi in minori numero ſtatim fierent. Si autem per multum tempus ea executio pauciorum ſuffragiorum differatur, contrarium eueniet; & ideo talis dilatio non licet. Semper tamen hac in re prudenti arbitrio vtendum erit, ita vt attentis omnibus circunſtantijs, ea tantum fiat dilatio, ex qua propter plura vel maiora ſuffragia poſtea facienda, maiorem fructum, aut ſaltem non minorem anima defuncti perceptura cenſeatur.

Tertia concluſio. In foro externo 179
non cogitur executor teſtamentarius exequi ſtatim voluntatem defuncti, ſed ſemper expectatur aliquod tempus certum à jure aſsignatum, intra quod executio fiat, nec vlterius differatur. Hæc concluſio conſtat, tum de jure communi, tam Canonico, quàm Ciuili: tum de jure particulari hujus Regni, & ex Conſtitutionibus Synodalibus illius. In quibus omnibus juribus certum tempus executoribus præfigitur, ante cujus lapſum ratio ab illis non exigitur, nec vt negligentes damnantur, ſi vltra illud executionem non differant, vt *§. ſequent.* videbimus. Per hoc tamen non tollitur quominus executores in conſcientia teneantur teſtamentum executioni mandare, quamprimùm poterint, niſi ipſe teſtator terminum præfixerit, intra quem contentus ſit executionem fieri, vt duabus præcedentibus concluſionibus declaratum eſt.

Neque etiam tollitur quominus 180
Epiſcopus poſsit, etiam per cenſuras Eccleſiaſticas, & alias pœnas, cogere executores, vt intra breuius tempus, quàm jure aſsignatur, teſtamentum exequantur, etiam quoad legata profana, vt colligitur ex *cap. Si hæredes, de Teſtament.* & tradunt relatis alijs Couar. *ibi, numer.* 4. Gregor. Lop. *in l.* 6. *titul.* 10. *part.* 6. *verſ. Lo mas aina*, Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 251. *§.* Du-

Dubium item eſt, & Sanch. *lib.4. Opuſc. cap.1. dub. 54. num. 6.* quia cùm ipſi teneantur exequi quamprimùm poſsint, nihil obſtat quominus Epiſcopus eos cogere poſsit, vt intra breuius tempus huic obligationi ſatisfaciant. Et idem poteſt judex ſecularis, cùm hoc negotium ſit miſti fori, vt *ſect. 1. §. 5.* oſtenſum eſt. Et ita docent Gregor. Lop. & Sanch. *loc. citat.* Vnde quod in prædicta concluſione aſſeritur, quòd ſemper in foro externo expectatur aliquod tempus certum à jure aſsignatum, intra quod executio fiat, intelligendum eſt, niſi vel Epiſcopus, vel ſæcularis judex breuius tempus executioni præfigat: nam tunc intra illud coguntur executores ſuum munus implere, nihil obſtante maiori dilatione à jure aliàs permiſſa. Quanta verò hæc ſit, & quomodo intelligenda, ex ſequentibus conſtabit.

§. 3. *Quantum ſit, & quomodo accipiendum tempus, quod à jure executoribus, vel hæredibus præſcribitur ad executionem teſtamenti?*

SUMMARIUM.

Tempus à jure præſcriptum executioni teſtamenti, ſemper intelligitur, niſi teſtator aliud tempus breuius, aut longius præſcripſerit, numer. 181.

Teſtator poteſt executori committere, vt exequatur quando voluerit, ibid.

Quantum tempus jura præſcribant executoribus, & hæredibus ad exequendam diſpoſitionem defuncti? num. 182.

Quando teſtator juſsit fieri aliquod opus, vt v.c. aliquod ædificium, quod non poteſt perfici intra tempus à jure præſcriptum, ſatis eſt quòd ſit inceptum intra illud tempus, num. 183.

Vtrum tempus executioni præſcriptum à jure, vel à teſtatore, currat executori ignoranti, vel legitimè impedito? Et quid ſi impedimentum ſit perpetuum? num. 184 *& ſeq.*

Vtrum ſecluſâ ignorantiâ, & quouis alio impedimento, tempus à jure executioni præſcriptum incipiat currere à die mortis teſtatoris, vel à die aditæ hæreditatis? Reſpondetur cum diſtinctione, num. 186. *& ſeq.*

Quando legata debentur ante aditam hæreditatem, ſeu à die mortis teſtatoris, tempus à jure executioni præſcriptum incipit currere à die mortis, & monitionis per judicem, id eſt per Epiſcopum, vel judicem ſæcularem. Et quæ monitio hodie ſufficiat? numer. 188. *& ſeq.*

Tempus executioni præſcriptum non incipit currere, quando aliqua conditio eſſet purificanda, vel aliquid liquidandum, niſi poſt conditionem purificatam, vel liquidationem factam, num. 190.

Circa hoc aduertendum ante omnia eſt, jura omnia quæ tempus certum executioni teſtamenti præſcribunt, intelligi, niſi teſtator aliud præſcribat: nam ſiue longius, ſiue breuius tempus ab eo præfigatur, quàm jure ſtatutum eſt, id ſeruari debet, vt tradunt communiter DD. Couar. *in cap. 3. de Teſtament. numer.* 1. & ibi Panorm. & alij Anton. Gom. *in l. 33. Tauri, num. 2.* & ibi Caſtillo *Gloſ.* 1. Ioan. Lup. *numer.* 6. & Tello *numer.* 2. Spino *in Speculo teſtament. Gloſ.* 28. *numer.* 41. Gregor. Lop. *in l. 6. titul. 10. part. 6. verb. Faſta*, Mattienzo *lib. 5. Recopil. tit. 4. l. 7. Gloſ. 2. numer. 3. & l. 14. Gloſ. 1. numer.* 48. Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub 51. num.* 1. & alij. Quia ſicut teſtatori datur libera facultas teſtandi, ita etiam modum, conditionem, & tempus apponendi. Vnde notant relatis alijs Couar. *in c. Tua, de Teſt. n. 6.* & Mattienzo *d. num.* 48 quos ſequi videtur Sanch. *loc. cit.* integrum quoque eſſe teſtatori jubere, vt tẽpus lege præſcriptũ 181

non currat executori, eique committere, vt cùm voluerit exequatur: & tunc executionem non deuolui ad Epiſcopum, quantumcumque illam differat.

182 Hoc poſito, quando teſtator nullum præſcripſit tempus, aſsignantur à jure communi ad implenda legata pia, tam hæredibus, quàm executoribus, ſex menſes à die inſinuationis teſtamenti, ideſt, declarationis illius coram judice, §. *Sin autem legatum*, *Auth. De Eccleſiaſt. tit.* Ad exequenda verò legata non pia, & alia in teſtamento relicta, datur illis annus, *cap. 3. de Teſtament.* & ita quoad vtramque partem docet relatis alijs Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 51. numer. 5. & 6.* eſtque communis ſententia. Iure autem Luſitano ad exequenda quælibet relicta, tam pia, quàm non pia, conceduntur executoribus tredecim menſes à die mortis teſtatoris: ſic habetur *lib. 1. Ordinat. tit. 62. §. 2.* & idem tempus ad implenda legata pia aſsignatur in Conſtitutionibus Synodalibus Epiſcopatuum hujus Regni, tam hæredibus, quàm executoribus: quarum aliquæ illud tempus eis aſsignant hoc modo, vt ſi non poſsint implere ſtatim, vel primo menſe, voluntatem defuncti; impleant illam intra annum, prout de jure communi tenentur: quòd ſi eo anno eam non impleuerint, habeant adhuc vnum menſem, quem illis aſsignant pro Canonicis monitionibus, & ſi nec tunc eam impleuerint, incurrant eo ipſo pœnas quæ ibidem imponuntur, & executio teſtamenti ad ipſum Epiſcopum, vel ejus Vicarium deuoluatur: quod vltimum intelligendum eſt, niſi juriſdictio præuenta ſit per judicem ſæcularem, cùm hoc ſit miſti fori, vt dictum eſt.

183 Nota verò primò, ſi teſtator juſsit fieri aliquod opus, quod non poteſt perfici intra annum, ſeu tempus à jure præſcriptum, ſatis eſſe quòd ſit inceptum intra illud tempus, vt ſi juſsit fieri aliquod ædificium magni momenti: ſic Panorm. *in dict. cap. 3. de Teſtament. numer. 9* Couar. *ibidem, numer. 6.* Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſputation. 251. §. In Authentico*, & Sanch. cum alijs, quos refert *dict. dubit. 51. numer. 7.* Unde ſubdit Molina *loc. citat.* tempus complementi cujuſque ædificij, quod defunctus conſtrui juſsit, ſtatuendum eſſe arbitrio judicis pro qualitate, & quantitate operis, alijſque circunſtantijs occurrentibus: Cui reſolutioni non obſtat, quòd *in dict. cap. 3 de Teſtament.* ſtatuitur, teneri executores ædificare monaſterium intra annum à die monitionis factæ per Epiſcopum. Eſt enim hoc intelligendum, quoad ædificij inceptionem, non verò quoad conſummationem, niſi commodè intra annum poſsit abſolui, vt bene explicant Panorm. Couar. Molina *loc. citat.* & alij: jure autem Ciuili *in Authent. De Eccleſiaſt. tit. §. Si quis ædificationem*, ſtatuitur, vt quandò defunctus præcipit ædificari Eccleſiam, teneantur executores illam complere intra quinquennium: quando verò juſsit ædificari Hoſpitale, vel aliam ſimilem domum, id fiat intra annum: quod ſecundùm intelligendum etiam eſt quoad inceptionem, ſi commodè intra annum abſolui nequeat, vt bene ex eodem textu colligit Molina *citat.* quia ſtatim ibidem præcipitur, vt ſi hæredes intra annum Hoſpitale non fecerint, emant, aut locent domum, vbi exerceantur opera miſericordiæ, quæ teſtator fieri juſsit, donec Hoſpitale abſoluatur.

Nota ſecundò, controuerſum eſſe, an 184
tempus aſsignatum à jure, vel à teſtatore, currat executori ignoranti, vel legitimè impedito ad exequendum? Affirmatiuam partem tenent Cardin. *in cap. 3. de Teſtament.* Bald. *in l. Captatorias, num. 12. & 13. Cod. de Teſtament.* Tello *in l. 33. Tauri, numer. 1.* licèt tandem relinquat cogitandum, *& ibi*, Anton. Gomez *numer. 4.* Caſtill. *numer. 3.* & Cifuentes *ibid.* Syluest. *verb. Teſtamentum, 2 q 8. dicto 1.* Roſel. *verb. Teſtamentum, 3. n. 3.* & alij apud Sanch. *infra cit.* Probatur, quia tempus ad aliquid agendum conſtitutum alicui in fauorem alterius, currit etiam ignoranti, vel impedito, juxta Glof. *in cap. Statutum, de Præben in 6* & Tiraq. *lib. 1. de Retractu, § 35 Glof 4 n 25.*

Tem-

Tempus autem de quo hic agimus, conſtituitur in fauorem eorum, quibus aliquid relinquitur, & ipſius defuncti, vt ſatis conſtat.

185 Contrariam tamen ſententiam multò probabilius tenent Padilla *in Authent. Hoc amplius, num.* 16. *Cod. de Fideicommiß.* Couar. *in d. cap.* 3. *de Teſtament. numer.* 3. *&* 4. & ibi Hoſtienſ. & Imola Panorm. *in cap. Cum omnes, de Teſtam.* Armil. *verb. Executor, num.* 8. Tabiena *ibid. quæſt.* 7. Molina *d. diſp.* 251. *§. Dubium eſt, ſi executores,* & multi alij, quos refert, & ſequitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. dub.* 51. *num.* 10. dicens hanc eſſe communem ſententiam; pro qua etiam ſtant Ordinat Luſitanę *lib.* 4. *tit.* 62. §. 2. Ratio eſt, quia vniuerſim loquendo, ignoranti, vel impedito ad aliquid agendum non currit tempus ad id conſtitutum, *cap. Quia diuerſitatem, de Conceſſ. præben. l.* 1. *Cod. de Annali exceptione, Auth. Niſi triennale, Cod. de Bon. mater.* Neque obſtat fundamentum pro priori ſententia adductum: illud enim procedit, quando tempus conſtituitur in merum fauorem alterius; non autem quando conſtituitur etiam ad conuincendam, & puniendam negligentiam ejus cui tempus præſcribitur, vt in præſenti contingit. Vnde refert Sanch. *loc. citat. num.* 11. cum Anchar. quem refert, ſi teſtator remiſiſſet Petro debitori ſuo centum, ſi intra menſem à die mortis ſuæ daret Hoſpitali quinquaginta; alioqui illa centum reliquiſſet Hoſpitali; poſſe talem debitorem implere eam conditionem poſt illum menſem, ſi intra illum non impleuit ob ignorantiam; quia talis menſis ei non cucurrit niſi à die ſcientię. Aduertit autem Molina *vbi ſupra,* cum Couar. quem citat, prædictam ſententiam principalem intelligendam eſſe, niſi impedimentum eſſet perpetuum, vel ad tempus longiſſimum, ex parte executoris. Nam tunc ad euadendam pœnam negligentis teneretur adire judicem, & petere alium executorem loco ſui, aut ſignificare illi ſuum impedimentum.

186 Nota tertiò, controuerſum quoque eſſe, vtrùm ſecluſa ignorantia, & quouis alio impedimento, dictum tempus à jure præſcriptum incipiat currere executori à die mortis teſtatoris, vel à die aditæ hæreditatis. Miſsis autem varijs DD. ſententijs, quas affert Sanch. *d. dub.* 51. *à num.* 13. reſpondendum eſt huic quæſtioni cum diſtinctione: nam vel relicta ſunt legata pia; quæ vt valeant, & impleri debeant, non indigent aditione hæreditatis, vt eſt communis ſententia; & ad hæc exequenda ſtatim à morte teſtatoris incipit currere executoribus tempus à lege, vel ab ipſo teſtatore præſcriptum: vel ſunt profana, quæ non debentur, ſi hæreditas ex teſtamento, vel ab inteſtato non adeatur. Et quoad hæc non currit tempus executioni præſcriptum, niſi à die aditæ hæreditatis. Utramque partem hujus reſolutionis deſumo ex traditis à Sanch. *d. dub.* 51. *n.* 20. vbi cũ multis DD. docet quòd in Regno Caſtellæ, vbi aditio hæreditatis de jure Regio non requiritur ad valorem teſtamenti, incipit currere dictum tempus à die mortis teſtatoris: ceterò autem jure communi, ſecundùm quod abſque aditione hæreditatis nullam vim habet teſtamentum, incipit illud tẽpus currere à die aditæ hæreditatis. Ratione etiam patet, quia quando aditio hæreditatis non eſt neceſſaria, vt contenta in teſtamento impleri debeant, impertinens per ſe loquendo ad eorum executionem eſt, quòd hæreditas adeatur: & ſic niſi aliud obſtet, ſtatim à die, quo teſtamentum morte teſtatoris confirmatur, incipit currere tempus executioni aſsignatum. Quando autem aditio eſt neceſſaria; vt relicta in teſtamento debeantur; qualia de jure communi ſunt omnia relicta non pia, *l. Si nemo, ff. de Teſtamentar. tutela,* tunc meritò non currit dictum tempus executori niſi à die poſt aditam hæreditatem; tùm antea ob ejus defectum ſit impeditus, ne illa relicta executioni mandare poſsit.

Aduerte autem, quòd dicimus de inceptione temporis à die mortis teſtatoris, non verò à die aditæ hæreditatis, ad exequenda relicta pia, & alia, quæ vt 188

 ſint

ſint debita non indigent aditione hæreditatis, locum non habere in ijs, quæ hæres tanquam hæres facere juberetur; vt quando teſtator diceret, *Hæres meus diſtribuat hæc inter pauperes*, vel quid ſimile. In his enim non incipiet dictum tempus ante aditionem hæreditatis, cùm ante illam hæres non ſit. Ita Sanch. *d. dub.* 51. *num.* 22. cum Spino, & Peralta, quos refert.

188 Docet etiam cum alijs Sanch. *vbi ſup. num.* 20. *fine, juncto num.* 14. quòd quando legata debentur ante aditam hæreditatem, atque adeo à die mortis teſtatoris, incipit currere dictum tempus executionis à die mortis, & monitionis per judicem, id eſt, per Epiſcopum, juxta jus Canonicum *in d. cap.* 3. *de Teſtam.* ibi; *Vt enim commoneas.* Hæc autem monitio eſt illa generalis, quæ fit ab Epiſcopis per Conſtitutiones Synodales, vt etiam cum alijs notat idem Sanch. *num.* 15. Iam enim hodie non ſolent Epiſcopi aliam monitionem facere, nec eſt neceſſaria; & ſic vbi non obſtat defectus aditionis hæreditatis, vel ſcientiæ, aliudvè impedimentum, incipit dictum tempus executionis currere à die mortis teſtatoris, juxta dictas Conſtitutiones Synodales, quæ communiter ſtatuunt, vt intra annum, vel intra annum & menſem à die mortis teſtatoris pia relicta defunctorum executioni mandentur, vt videre eſt in Conſtitutionibus Synodalibus hujus Regni, de quibus mihi potiſsimùm conſtat. Et ita docet Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 251. *§. Obſeruandum tamen*, & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 54. *num.* 11.

189 Cæterùm non ſolùm per Epiſcopum, ſed etiam per judicem ſæcularem dicta monitio fieri poteſt, vt cum Mattienzo tradit idem Sanch. *d. cap.* 1. *dub.* 51. *numer.* 16. cum hoc ſit miſti fori, vt ſæpiùs dictum eſt. Bene autem aduertit Molin. *vbi ſup* quòd neque per judicem ſæcularem eſt hodie neceſſaria dicta monitio in hoc Regno Luſitano; quia tam per Conſtitutiones Synodales hujus Regni, quàm per Ordinat. Regiam *lib.* 1. *tit.* 62. *§.* 2. executoribus præcipitur vt intra annum, & menſem à die mortis teſtatoris impleant voluntatem defuncti, ſi aliquod legitimum impedimentum non obſtet, quod præceptum ſufficientem continet monitionem.

Notandum tandem cùm Simone de Prætis *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *num.* 80. & alijs quos refert, quòd tempus exequendi à lege, Conſtitutione, vel teſtatore præfixum, non incipit currere executoribus, quando aliqua conditio eſſet verificanda, vel aliquid eſſet liquidandum, priuſquam accedi poſsit ad actum exequendi, niſi poſtquam illa conditio fuerit purificata, vel illud fuerit liquidatum, per *l. Talis, ff. de Iur. dot.* 190

§. 4. *Quam pœnam incurrant executores, vel hæredes negligentes, qui tempore debito non implent voluntatem defuncti? Et vtrùm ea pœna incurratur ipſo jure, vel requiratur ſententia?*

SUMMARIUM.

Quam pœnam ſecundùm jus commune incurrat hæres, qui fuit negligens ſoluere legata pia intra tempus ab ipſo jure præſcriptum? numer. 191.

Executor negligens exequi legata pia, poſtquam ſemel & iterum per Epiſcopum fuit admonitus, quam pœnam incurrat ſecundùm jus commune? numer. 192.

Hæres, vel executor ſemel judicialiter monitus non exequens voluntatem defuncti intra annum à die monitionis, perdit omne lucrum ſibi proueniens ex teſtamento, exceptâ legitimâ ei aliàs debitâ; num. 193.

De jure Luſitano quam pœnam incurrant executores, qui per annum & menſem omit-

omittunt exequi teſtamentum? Et quid circa hæredes ſimiliter negligentes in Luſitania ſeruandum ſit? numer. 194.

Licèt dictæ pænæ ipſo jure imponantur, ſemper tamen neceſſaria eſt ſententia, vt cum effectu incurrantur; numer. 195.

Quando lex pænam imponit, exprimendo quòd incurratur, nullâ expectatâ ſententiâ, vel declaratione, adhuc ſententia neceſſaria eſt, vt reus teneatur eam exequi, niſi verbis manifeſtiſſimis aliud in ipſa lege declaretur; ibidem. Id verò limitatur in pæna excommunicationis, alteriuſuè cenſuræ; num. 196.

Pæna hæredi per teſtatorem impoſita, vt aliquid ſoluat de bonis ipſi relictis, ſi aliquid ſibi injunctum non exequatur, ante omnem ſententiam debetur; numer. 197.

Executor, qui omnino omiſit exequi teſtamentum, etiam poſt tempus à lege præſcriptum, tenetur in conſcientia reſtituere ſalarium ſibi ob executionem relictum, nullâ expectatâ judicis ſententiâ; num. 198.

Ad quem deuoluatur jus, & emolumentum executionis quod executor negligens amittit? num. 199. & ſeqq.

Vtrum executor qui per negligentiam non impleuit voluntatem defuncti tempore debito, poſſit moram purgare, & ſic pænam euadere? num. 202.

Vtrum ſi aliquis nominatus ſit à teſtatore non in executorem, ſed in merum electorem pauperum, vel aliarum perſonarum, quibus aliquid ſit diſtribuendum, talis electio deuoluatur ad Epiſcopum, omittente illo eligere intra tempus executioni aſſignatum? numer. 203. & ſeqq.

191 Circa priorem quæſtionem conſtat primò, quòd ſecundùm jus commune hæres negligens ſoluere legata pia intra ſex menſes à die inſinuationis teſtamenti, cogitur in pænam reddere legatum cum omni emolumento, quod ex eo potuit percipi à die mortis teſtatoris. Sic habetur *in Authent. De Eccleſiaſt. tit. §. Si autem hæres, verſ. Si autem legatum*, & tradit cum Couar. & multis alijs Sanch. *lib. 4 Opuſc. cap. 1. dub. 56. num. 1.* Idem intelligit Molina *tom. 1. de Iuſt. diſp. 254. §. 1.* de executore teſtamenti, licèt hæres non ſit. Hoc tamen mihi eſt difficile: quia verba prædicti textus ſoli hæredi congruunt, & de executore ſpecialiter egerat *in §. præced.* vbi aliquanto aliter circa illum diſponit, vt jam videbimus.

Secundò igitur conſtat, quòd ſecundùm idem jus commune, executor ſi ſemel, & ſecundò per Epiſcopum, vel ejus Vicarium, aut per publicum internuncium admonitus diſtulerit implere legata pia, priuatur omni lucro ſibi relicto à defuncto, & pias res legatas reſtituere cogitur cum omnibus fructibus, & augmentis medij temporis, & executio deuoluitur ad Epiſcopum. Ita diſponitur in *eod. Authent. De Eccleſiaſt. tit. §. Si quis autem pro redemptione, verſ. Si autem, qui hoc facere*, vbi notanda eſt differentia inter executorem, & hæredem: ſiquidem executori nulla pæna imponitur, ſi non ſit admonitus; hæredi verò, licèt admonitus non ſit, ſi intra ſex menſes non impleat legata pia, imponitur pæna reddendi legatum cum omnibus fructibus, & emolumentis, vt dictum eſt. 192

Tertiò conſtat, quòd de jure communi hæres, aut executor ſemel judicialiter 193 monitus non exequens voluntatem teſtatoris intra annum à die monitionis perdit omne lucrum ſibi proueniens ex teſtamento, exceptâ legitimâ, quæ etiam inuito teſtatore illi competeret, vt ſi ſit illius deſcendens, vel aſcendens. Sic habetur *in Authent. Hoc amplius, Cod. de Fideicommiſſ.* & latiùs *in Authent. de Hæred. & Falcid. §. Si quis autem non implens, & §. vltim.* Eſtque communis ſententia. Si verò quæras, per quem debeat fieri illa monitio? Dicunt aliqui debere fieri immediatè per judicem, ita vt non ſatis ſit fieri per literas, vel per internun-

nun-

nuncium. Tenendum tamen eſt, etiam per internuncium, vel per epiſtolam, aut literas fieri poſſe, vt tradit Molina *dict. diſp.* 251. *§.* 2. & cum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 56. *num.* 3. Volunt etiam aliqui legitimam quoque amitti, ſi hæres, cui illa debebatur, fuit negligens circa legata pia; ad quod adducunt *cap. Licèt, de Voto.* At contrarium tenent meritò Padilla, Couar. & alij, quos refert, & ſequitur Sanch. *ſupra, num.* 5. & Molina *loc. citat.* nam textus juris Cæſarei proximè allegati indiſtinctè excipiunt legitimam, vt hæres negligens eam non amittat, nec obſtat *d. cap. Licèt*: quia loquitur in caſu ſpeciali, quo filius etiam voto ſe aſtrinxerat implendi votum parentum.

194 Quartò conſtat, quòd in hoc Regno Luſitaniæ executores teſtamenti, qui poſt annum, & menſem illis jure Regio aſſignatum ad implendum teſtamentum, vel poſt tempus, quod teſtator illis ad eundem effectum conceſsit, citati ad reddendam rationem inuenti fuerint, non impleuiſſe voluntatem defuncti ante citationem, coguntur in pænam negligentiæ reddere præmium, quod teſtatores eis reliquerunt propter executionem, & ab ipſa executione remoueri jubentur. Sic diſponitur *lib.* 1. *Ordinat. tit.* 62. *§.* 12. Circa hæredes autem, qui tempore debito non implent voluntatem defuncti, nihil ſpecialiter diſpoſitum reperio in jure hujus Regni: vnde quoad illos ſeruandum eſt in foro ſæculari, quod ſupra ſecundùm jus commune *in dict. Auth. Hoc amplius, & in d. Auth. De Hæred. & Falcidia,* dictum eſt. Et idem erit in foro Eccleſiaſtico, vbi aliud per Conſtitutiones Synodales ſancitum non fuerit. In Conimbricenſibus enim, tam executoribus, quàm hæredibus præcipitur, vt intra annum, & menſem impleant omnia legata pia, ſub pœna amittendi ipſo jure quodlibet legatum, vel præmium, eis ob executionem à teſtatoribus relictum; & ſi ſint hæredes, amittendi bona defuncti, cujus teſtamentum exequuti non ſunt. In Elborenſibus etiam hæredi negligenti implere legata pia intra annum, & menſem, imponitur pœna excommunicationis ipſo jure. In cæteris autem, quas videre potui, nihil ſpecialiter diſponitur contra hæredes negligẽtes. Circa executores verò vniuerſim in omnibus Conſtitutionibus Synodalibus hujus Regni ſtatuitur, vt ſi intra annum, & menſem à die mortis teſtatoris culpâ ſuâ non impleant legata pia, ipſo jure amittant, quidquid illis in præmium executionis à teſtatoribus relictum eſt, & executio ad Epiſcopum, ſeu ejus Vicarium, deuoluatur. In quibuſdam etiam pœna excommunicationis ferendæ eis indicitur.

Quoad aliam verò quæſtionem, an dictæ pœnæ executorum, vel hæredum negligentium, incurrantur ipſo jure, vel ſit neceſſaria ſententia? Reſpondeo, licèt in aliquibus juribus, quæ illas imponunt, dicatur, quod ipſo facto, vel ipſo jure, eas incurrant, ſemper tamen eſſe neceſſariam ſententiam ſaltem criminis declaratoriam, vt cum effectu incurrantur: atque adeo non teneri reos ante ſententiam eas exequi aduerſum ſe. Ita Molina *d. diſp.* 251. *§. Illud etiam eſt obſeruandum*: vbi pro hac parte adducit Couar. & alios, idemque relatis pluribus tenet Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 56. *num.* 8. licèt non pauci etiam contradicant, quos idem Sanch. *num.* 7 refert. Ratio eſt, quia licèt in humanis Legiſlatoribus non deſit poteſtas ad obligandos reos, vt ſtatim poſt admiſſum crimen hujuſmodi pœnas in ſe ipſis exequantur, nulla alia declaratione, vel ſententiâ expectatâ; tamen cum id ſit valde rigidum, & præter humanum morem, & aliunde, juxta ipſas juris regulas, mitior interpretatio in pœnis facienda ſit, intelligendum non eſt, mentem legis hujuſmodi pœnas ipſo jure imponentis eſſe, obligare ad eorum executionem ante vllam ſententiam, niſi manifeſtiſſimis verbis id exprimat, qualia non ſunt, *ipſo jure*, vel *ipſo facto*. Unde loquendo de pœnis amiſsionis officiorum ipſo jure, vel ipſo facto, per legem impoſitis, docet optimè Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 96. *col. pen. §. Quod dictum eſt,* & Sanch. 195

lib.

lib. 2. *in Decal. cap.* 22. *numer.* 20. exigi ad illas ſententiam judicis, niſi verbis luce clarioribus importantibus nullam exigi ſententiam ſtatutæ ſint.

Confirmatur; nam etiam quando hujuſmodi pœnæ, quibus ſcilicet reus priuatur bonis, vel officio, aut beneficio, imponuntur ipſo jure, vel ipſo facto, addendo vt nullâ opus ſit declaratione, probabiliùs cenſet Sanch. *d. cap.* 22. *num.* 20. cum multis aliis, quos refert, neceſſariam adhuc eſſe ſententiam declaratoriam criminis: & verba legis addentis, vt nullâ opus ſit declaratione, vel abſque alia declaratione, & ſimilia, intelligenda eſſe de declaratione pœnæ. Ergo à fortiori quando talia verba non adduntur, vt in noſtro caſu, ſententia neceſſaria eſt.

196 Aduerte autem primò, prædicta non procedere in pœna excommunicationis, alteriuſuè cenſuræ: hæc enim, ſi ipſo jure, vel ipſo facto imponatur, ſtatim ante omnem aliam ſententiam incurritur, & effectum habet, vt eſt apud omnes indubitatum: vnde cùm in Conſtitutionibus Synodalibus Epiſcopatus Eluenſis imponatur excommunicatio ipſo jure hæredibus non ſoluentibus legata pia intra annum, & menſem, profectò illam ante quamlibet aliam ſententiam incurrent.

197 Aduerte ſecundò, ſi teſtator de ſuis bonis aliquid diſponeret per modum pœnæ aduerſus executorem negligentem, vt v. g. ſi intra tantum tempus non ſoluat aliquod legatum ex bonis, quæ ei relinquit, ſoluat poſtea in duplum: teneri talem executorem in foro conſcientiæ eam pœnam ſoluere, nullâ ſpectatâ ſententiâ, vt bene cum Syluest. docet Molina *dict. diſp.* 251. *verſ. Dubium tamen eſt, ad quem.* Nam teſtator de ſuis bonis diſponere poteſt ad libitum, apponendo grauamina, & obligationes, quę in foro conſcientiæ vim habent, licèt nulla feratur ſententia.

198 Aduerte tertiò, licèt executores negligentes juxta prędictam reſolutionem principalem, non teneantur exequi pœnam amiſsionis, donec ſententia aduerſus eos feratur: attamen ſi omnino etiam poſt tempus à lege præſcriptum omittant exequi voluntatem teſtatoris, tenentur in conſcientia illud præmium reſtituere, nullâ expectatâ judicis ſententiâ. Probatur, quia executor omnino omittens exequi voluntatem defuncti, perinde ſe habet, atque qui munus executoris acceptare noluit, imò peius facit, cùm in cauſa fuerit, vt teſtamentum vel omnino non impleretur, vel non niſi poſt multum tempus: atqui nolens acceptare munus executoris emolumentum ſibi relictum in præmium executionis ſtatim ante omnem ſententiam amittit, vt cum Molina, & alijs dictum eſt ſupra *ſect.* 1. *§.* 6. *num.* 63. Ergo à fortiori illud amittet, & reſtituere tenebitur, nullâ ſententiâ expectatâ, qui cùm munus executoris acceptauerit, executionem omnino omiſit, & in cauſa fuit ne per alium tempore debito teſtamentum impleretur. Quòd ſi non omnino executionem omiſit, ſed ſolùm quoad aliquam partem teſtamenti: tunc pro rata executionis, & laboris omiſsi, partem illius præmij reſtituere tenebitur, non verò totum. Si autem teſtator aliquod legatum, vel hæreditatem ei reliquit, non declarans ſe id relinquere in præmium laboris in executione ſubeundi; idem quoque in tali caſu tenendum eſt quod *d. §.* 6. de eo, qui munus executoris non acceptauit, dictum eſt, cùm eadem in vtroque ſit ratio.

Ad quem autem deuoluatur jus, & emolumentum executionis, quod executor negligens amittit? Reſpondetur, ſi teſtator in talem caſum de illo emolumento diſpoſuiſſet, ſeruari debere ejus diſpoſitionem, vt bene docet Molina *d. diſp.* 251. *§. Dubium tamen eſt, ad quem.* Si verò nihil de illo diſpoſuit, nominauit autem ſecundum executorem pro euentu, quo primò nominatus eſſet negligens; tunc ad eum ſubſtitutum deuolui tam executionem teſtamenti, quàm ſalarium quod negligens amiſit, ſi teſtator aliud ſalarium ipſi ſubſtituto non aſsignauit. Quod executio ad eum deuoluatur, docent relatis pluribus Couar. *cap.* 3 *de Teſtament. num* 2. Molina *loco proximè citat.* 199

nuncium. Tenendum tamen eſt, etiam per internuncium, vel per epiſtolam, aut literas fieri poſſe, vt tradit Molina *dict. diſp.* 251. §. 2. & cum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 56. *num.* 3. Volunt etiam aliqui legitimam quoque amitti, ſi hæres, cui illa debebatur, fuit negligens circa legata pia; ad quod adducunt *cap. Licèt, de Voto.* At contrarium tenent meritò Padilla, Couar. & alij, quos refert, & ſequitur Sanch. *ſupra, num.* 5. & Molina *loc. citat.* nam textus juris Cæſarei proximè allegati indiſtinctè excipiunt legitimam, vt hæres negligens eam non amittat, nec obſtat *d. cap. Licèt:* quia loquitur in caſu ſpeciali, quo filius etiam voto ſe aſtrinxerat implendi votum parentum.

194 Quartò conſtat, quòd in hoc Regno Luſitaniæ executores teſtamenti, qui poſt annum, & menſem illis jure Regio aſſignatum ad implendum teſtamentum, vel poſt tempus, quod reſtitor illis ad eundem effectum conceſsit, citati ad reddendam rationem inuenti fuerint, non impleuiſſe voluntatem defuncti ante citationem, coguntur in pænam negligentiæ reddere præmium, quod teſtatores eis reliquerunt propter executionem, & ab ipſa executione remoueri jubentur. Sic diſponitur *lib.* 1. *Ordinat. tit.* 62. §. 12. Circa hæredes autem, qui tempore debito non implent voluntatem defuncti, nihil ſpeciàliter diſpoſitum reperio in jure hujus Regni: vnde quoad illos ſeruandum eſt in foro ſæculari, quod ſupra ſecundùm jus commune *in dict. Auth. Hoc amplius, & in d. Auth. De Hæred. & Falcidia,* dictum eſt. Et idem erit in foro Eccleſiaſtico, vbi aliud per Conſtitutiones Synodales ſancitum non fuerit. In Conimbricenſibus enim, tam executoribus, quàm hæredibus præcipitur, vt intra annum, & menſem impleant omnia legata pia, ſub pæna amittendi ipſo jure quodlibet legatum, vel præmium, eis ob executionem à teſtatoribus relictum; & ſi ſint hæredes, amittendi bona defuncti, cujus teſtamentum executi non ſunt. In Eluenſibus etiam hæredi negligenti implere legata pia intra annum, & menſem, imponitur pæna excommunicationis ipſo jure. In cæteris autem, quas videre potui, nihil ſpecialiter diſponitur contra hæredes negligentes. Circa executores verò vniuerſim in omnibus Conſtitutionibus Synodalibus hujus Regni ſtatuitur, vt ſi intra annum, & menſem à die mortis teſtatoris culpâ ſuâ non impleant legata pia, ipſo jure amittant, quidquid illis in præmium executionis à teſtatoribus relictum eſt, & executio ad Epiſcopum, ſeu ejus Vicarium, deuoluatur. In quibuſdam etiam pæna excommunicationis ferendæ eis indicitur.

Quoad aliam verò quæſtionem, an dictæ pænæ executorum, vel hæredum negligentium, incurrantur ipſo jure, vel ſit neceſſaria ſententia? Reſpondeo, licèt in aliquibus juribus, quæ illas imponunt, dicatur, quòd ipſo facto, vel ipſo jure, eas incurrant, ſemper tamen eſſe neceſſariam ſententiam ſaltem criminis declaratoriam, vt cum effectu incurrantur: atque adeo non teneri reos ante ſententiam eas exequi aduerſum ſe. Ita Molina *d. diſp.* 251. §. *Illud etiam eſt obſeruandum:* vbi pro hac parte adducit Couar. & alios, idemque relatis pluribus tenet Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 56. *num.* 8. licèt non pauci etiam contradicant, quos idem Sanch. *num.* 7 refert. Ratio eſt, quia licèt in humanis Legiſlatoribus non deſit poteſtas ad obligandos reos, vt ſtatim poſt admiſſum crimen hujuſmodi pænas in ſe ipſis exequantur, nulla alia declaratione, vel ſententiâ expectatâ; tamen cum id ſit valde rigidum, & præter humanum morem, & aliunde, juxta ipſas juris regulas, mitior interpretatio in pænis facienda ſit, intelligendum non eſt, mentem legis hujuſmodi pænas ipſo jure imponentis eſſe, obligare ad eorum executionem ante vllam ſententiam, niſi manifeſtiſsimis verbis id exprimat, qualia non ſunt, *ipſo jure,* vel, *ipſo facto.* Vnde loquendo de pænis amiſsionis officiorum ipſo jure, vel ipſo facto, per legem impoſitis, docet optimè Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 96. *col. pen.* §. *Quod dictum eſt,* & Sanch. 195

lib.

lib. 2. in Decal. cap. 22. numer. 20. exigi ad illas ſententiam judicis, niſi verbis luce clarioribus importantibus nullam exigi ſententiam ſtatutæ ſint.

Confirmatur; nam etiam quando hujuſmodi pœnæ, quibus ſcilicet reus priuatur bonis, vel officio, aut beneficio, imponuntur ipſo jure, vel ipſo facto, addendo vt nullâ opus ſit declaratione, probabiliùs cenſet Sanch. *d. cap.* 22. *num.* 20. cum multis alijs, quos refert, neceſſariam adhuc eſſe ſententiam declaratoriam criminis: & verba legis addentis, vt nullâ opus ſit declaratione, vel abſque alia declaratione, & ſimilia, intelligenda eſſe de declaratione pœnæ. Ergo à fortiori quando talia verba non adduntur, vt in noſtro caſu, ſententia neceſſaria eſt.

196 Aduerte autem primò, prædicta non procedere in pœna excommunicationis, alteriuſuè cenſuræ: hæc enim, ſi ipſo jure, vel ipſo facto imponatur, ſtatim ante omnem aliam ſententiam incurritur, & effectum habet, vt eſt apud omnes indubitatum: vnde cùm in Conſtitutionibus Synodalibus Epiſcopatus Eluenſis imponatur excommunicatio ipſo jure hæredibus non ſoluentibus legata pia intra annum, & menſem, profectò illam ante quamlibet aliam ſententiam incurrent.

197 Aduerte ſecundò, ſi teſtator de ſuis bonis aliquid diſponeret per modum pœnæ aduerſus executorem negligentem, vt v. g. ſi intra tantum tempus non ſoluat aliquod legatum ex bonis, quæ ei reliquit, ſoluat poſtea in duplum: teneri talem executorem in foro conſcientiæ eam pœnam ſoluere, nullâ ſpectatâ ſententiâ, vt bene cum Sylueſt. docet Molina *dict. diſp.* 251. *verſ. Dubium tamen eſt, ad quem.* Nam teſtator de ſuis bonis diſponere poteſt ad libitum, apponendo grauamina, & obligationes, quę in foro conſcientiæ vim habent, licèt nulla feratur ſententia.

198 Aduerte tertiò, licèt executores negligentes juxta prędictam reſolutionem principalem, non teneantur exequi pœnam amiſsionis, donec ſententia aduerſus eos feratur: attamen ſi omnino etiam poſt tempus à lege præſcriptum omittant exequi voluntatem teſtatoris, tenentur in conſcientia illud præmium reſtituere, nullâ expectatâ judicis ſententiâ. Probatur, quia executor omnino omittens exequi voluntatem defuncti, perinde ſe habet, atque qui munus executoris acceptare noluit, imò peius facit, cùm in cauſa fuerit, vt teſtamentum vel omnino non impleretur, vel non niſi poſt multum tempus: atqui nolens acceptare munus executoris emolumentum ſibi relictum in præmium executionis ſtatim ante omnem ſententiam amittit, vt cum Molina, & alijs dictum eſt ſupra *ſect.* 1. *§.* 6. *num.* 63. Ergo à fortiori illud amittet, & reſtituere tenebitur, nullâ ſententiâ expectatâ, qui cùm munus executoris acceptauerit, executionem omnino omiſit, & in cauſa fuit ne per alium tempore debito teſtamentum impleretur. Quòd ſi non omnino executionem omiſit, ſed ſolùm quoad aliquam partem teſtamenti: tunc pro ratâ executionis, & laboris omiſsi, partem illius præmij reſtituere tenebitur, non verò totum. Si autem teſtator aliquod legatum, vel hæreditatem ei reliquit, non declarans ſe id relinquere in præmium laboris in executione ſubeundi; idem quoque in tali caſu tenendum eſt quod *d.* §. 6. de eo, qui munus executoris non acceptauit, dictum eſt, cùm eadem in vtroque ſit ratio.

Ad quem autem deuoluatur jus, & 199
emolumentum executionis, quod executor negligens amittit? Reſpondetur, ſi teſtator in talem caſum de illo emolumento diſpoſuiſſet, ſeruari debere ejus diſpoſitionem, vt bene docet Molina *d. diſp.* 251. *§. Dubium tamen eſt, ad quem.* Si verò nihil de illo diſpoſuit, nominauit autem ſecundum executorem pro euentu, quo primò nominatus eſſet negligens; tunc ad eum ſubſtitutum deuoluitur tam executionem teſtamenti, quàm ſalarium quod negligens amiſit, ſi teſtator aliud ſalarium ipſi ſubſtituto non aſsignauit. Quod executio ad eum deuoluatur, docent relatis pluribus Couar. *cap* 3 *de Teſtament. num* 2. Molina *loco proximè citat.*

citat. & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 55. *num.* 7. eſtque communis ſententia: à qua immeritò recedit Azebed. quem refert, & refellit Sanch. *vbi ſupra, num.* 9. dicens neſcire ſe, quo fundamento illam reprobat, cùm cæteri DD. abſolutè dicant poſſe teſtatorem in caſum negligentiæ prioris executoris alium ſubſtituere. Quod verò ad eundem ſubſtitutum deuoluatur etiam ſalarium, quod prior executor ob negligentiam amiſit, ſi teſtator aliud ſalarium ei non aſsignauit, indicat Molina *vbi ſupra, verſ. Si verò teſtator de executore*: & probatur, quia ſecundus executor in caſu propoſito vocatur in locum prioris cum omnibus oneribus priori impoſitis: ergo etiam cenſeri debet vocatus ad idem præmium pro illis conſtitutum, ſi aliud ei relictum non eſt; alioqui iniquè cum illo ageret teſtator, quod admittendum non eſt. Confirmatur quia quando teſtator plures executores copulatiuè reliquit, aſsignato illis præmio, ſi aliquis eorum non acceptet, portio præmij, quam ille amittit, accreſcit alijs, qui acceptarunt, vt probauimus *ſect.* 1. §. 6. *num.* 64. Ergo ſimiliter quando vnus executor in locum alterius ſuccedit, ad illum etiam deuoluitur præmium, quod anteceſſor amiſit; eadem enim vtrobique eſt ratio.

200 Si autem teſtator executori negligenti alium non ſubſtituit, neque de emolumento ei relicto ſpecialiter diſpoſuit, tunc ſi negligentia executoris fuit circa legata pia, executio deuoluitur ad Epiſcopum, & emolumentum illi relictum applicandum eſt pijs cauſis, vt conſtat ex *Authent. De Eccleſiaſt. tit. §. Si autem, qui hoc, & ex* l. *Nulli, Cod. de Epiſc. & cleric.* & alijs juribus, habeturque expreſsè in omnibus Conſtitutionibus Synodalibus hujus regni Luſitani. Atque ita relatis alijs docet Molina *d. diſput.* 251. *§. Dubium tamen eſt, ad quem, verſ. Si verò teſtator.* Si autem negligentia fuit circa legata non pia, tunc etiam juxta probabiliorem opinionem, quam ſecuti ſumus *ſect.* 1 *§.* 5 *num* 52 ſcilicet, non ſolùm ad judices ſæculares, ſed etiam ad Epiſcopos ſpectare cogere executores ad implenda legata non pia, executio ad Epiſcopum deuoluitur, & dictum emolumentum in cauſis pias expendetur, vt tradit Molina *vbi ſupra.* Hæc autem intellige, dummodo Epiſcopus à judice ſæculari non ſit præuentus: cùm hoc negotium ſit miſti fori, etiam quoad legata pia, vt *d. §.* 5. *numer.* 50. dictum eſt.

Si verò judex ſæcularis Eccleſiaſticum præueniat, & executorem negligentem deponat, tunc ſecundùm jus commune ſuccedunt in executione hæredes alij, ſi qui in eo teſtamento ſunt ſcripti; his verò deficientibus, aut nolentibus adire hæreditatem, ſuccedunt fideicommiſſarij, aut legatarij: & ſic quidam alij, ſuo ordine, prout habetur *in d. Auth. Hoc amplius, Cod. de Fideicommiſſ. & in Auth. De hæredib. & Falcid.* illiſque accreſcit emolumentum, quod negligens executor amiſit. Sic Molina *loc. citat.* De jure autem Luſitano executio deuoluitur ad miniſtros Regios, & præmium executori relictum applicatur Redemptioni captiuorum, tradendumque eſt miniſtro, qui vulgò, *Mampoſteiro dos catiuos,* dicitur, vt habetur *lib.* 1. *Ordinat. tit.* 62. *§.* 12. 201

Quæres autem, vtrùm executor, qui per negligentiam non impleuit voluntatem defuncti intra tempus conſtitutum, poſsit moram purgare, & ſic euadere prædictas pœnas? Reſpondet negatiuè Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 54. non ſatis firmo fundamento, & aliquibus DD. minùs bene allegatis. Quidquid tamen ſit de jure communi, contrarium eſt de jure Luſitano in foro ſeculari: nam *d. §.* 12. *in princip.* expreſsè habetur, ſi teſtamentarius poſt elapſum annum & menſem executioni teſtamenti aſsignatum, illud exequatur, antequam citatus ſit ad reddendam rationem, talis executio, in rationibus admittatur: & ſolùm in caſu, quo teſtamentum ante dictam citationem non impleuerit, ab executione remouetur, & præmio ipſi relicto priuatur, quod nihil aliud eſt, quàm poſſe moram purgare dum ad reddendam rationem nō citatur. 202

Du-

Dubitari etiam hic ſolet, ſi teſtator ali-
203 quem nominauit, non quidem in executorem, ſed electorem pauperum, quibus aliquid ſit diſtribuendum; vel puellarum orphanarum, quæ dotandæ ſint, alteruſue ſimilis ei, & is per negligentiam omittat eligere intra annum, aliudue tempus executioni aſsignatum, an tunc electio ad Epiſcopum deuoluatur? Reſpondent affirmatiuè Couar. *in cap.* 3. *de. Teſtam. numer.* 7. & ibi Cardin. Anchar. *numer.* 10. & Barbat. *numer.* 41. Syluest. *verb. Teſtamentum*, 2. *q.* 8. *dicto* 1. Padilla *in l. Cum quidam, ff. de Legat.* 2. *num.* 27. & ibi Aretin. Imola, & Baldus dicens, ſic practicari, Molina *tom.* 2. *de Iuſtit. diſp.* 251. §. *penult.* & Sanch. plures referens *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 52. *num.* 2. eſtque communior ſententia, vt aliqui ex citatis Doctoribus affirmant. Ducuntur primò, quia electio in hoc caſu eſt omnino neceſſaria, vt poſsit fieri executio voluntatis defuncti: ergo diſpoſitio legum circa executionem, vt intra certum tempus fiat; ad eam etiam electionem extenditur, argum. *l. Oratio, ff. de Sponſalib.* Secundò, quia illa electio eſt pars executionis illamque integrat: & ſic elector eſt partialis executor; qui proinde, ſi ſit negligens, incidit in pænam executoris negligentis, vt talem executionem amittat, eaque ad Epiſcopum deuoluatur.

204 Contrariam tamen ſententiam negatiuam tenent Barthol. *in l. Cum quidam, num.* 9. *ff. de Legat.* 2. *& l. fin.* §. *Sed ſiquis, Cod. Communia de legat. & l. Executorem, ff. de Execut. rei iudic.* Butrio *in cap. Litteras, de Supplen. neglig. prælat.* Panorm. *in dict. cap.* 3. *de Teſtament. num.* 12. Ripa *in cap. Inſulam, numer.* 88. *ff. de Verbor. obligat.* Armil. *verb. Executor, numer.* 10. Tabiena *eodem, verb. q.* 9. Angel. *ibid. num.* 12. Roſel. *verb. Teſtamentum*, 2. *num.* 2. & alij, quos refert Sanch. *vbi ſupra, numer.* 1. Et idem quoad legata profana tenet Mattienzo, cum Baldo, quem refert *in l.* 14. *tit.* 4. *lib.* 3. *Recopil. Gloſ.* 1. *numer.* 61. Probant, quia ille elector non dicitur executor; cùm ad eum non ſpectet ſoluere & diſtribuere bona defuncti. Ergo quantuis datâ negligentiâ executoris, ius exequendi deuoluatur ad Epiſcopum, id non habet locum in electore, & iure eligendi ei relicto, præſertim cùm de iure communi, qui habet jus eligẽdi, ſi ſit in mora, poſſit eam purgare.

Hæc ſecunda ſententia mihi videtur 205
probabilior: quę vlteriùs confirmari poteſt, tum ex dictis *ſect.* 1. §. 4. *num.* 44. vbi defendimus, poſſe Religioſos etiam Ordinis Minorum abſque Superioris licentia eligere pauperes, inter quos bona teſtatoris diſtribuenda ſunt, eoquod talis electio neque particulariter ſit executio teſtamenti, quæ Religioſis interdicta eſt abſque licentia Superioris: tum etiam quia leges, quatenus præſcribunt executoribus certum tempus ad exequendum teſtamentum ſub pæna amittendi officium, ſunt verè pænales, & vt ſic reſtringendæ potiùs, quàm extendendæ; proindeque ad dictos electores extendi non debent.

Ad primum itaque fundamentum pri- 206
oris ſententiæ negatur conſequentia, & ad argumentum ex *d. l. Oratio*, reſpondetur, ſolùm ex eo probari, quòd quando alicui prohibetur aliquis actus, eidem etiam cenſetur prohibitum id, quo ad talem actum peruenitur: vt quando alicui prohibetur matrimonium, eidem etiam prohibita cenſentur ſponſalia; in qua ſpecie illa lex loquitur: in noſtro autem caſu elector, & executor ſunt perſonæ diuerſæ: & ideo leges quæ obligant executorem ad non differendam executionem vltra tempus in eis præſcriptum, locum non habent in electore, licèt electio ſit omnino neceſſaria ad executionem: qua ratione ſi aliquis obligatur nauigare, vel mittere merces trans mare, non proinde obligatur nauarchus eum, vel eas, in ſuo nauigio portare. Ad ſecundum patet reſponſio ex dictis.

Nota verò, ſi teſtator diceret; *Relin-* 207
quo mea bona pauperibus eligendis per meos executores; tunc, ſi hi ſint negligentes non ſolùm executionem, ſed etiam electionem ad Epiſcopum deuolui, quia com-

commiſsio eligendi in hoc caſu non fit perſonæ, ſed officio: vnde cùm officium executoris, qui fuit negligens, ad Epiſcopum tranſeat, vt ſupra dictum eſt, ad illum etiam tranſit jus eligendi officio annexum. Ita Sanch. *d. dub. 52. fine.*

§. 5. *Vtrum teſtator prohibere poſsit ne executio teſtamenti deuoluatur ad Epiſcopum ob negligentiam executorum, vel hæredum?*

SUMMARIUM.

TEſtator non poteſt directè prohibere, ne executio piorum legatorum deuoluatur ad Epiſcopum, datâ negligentiâ executoris ab ipſo teſtatore nominati; num. 208. *Vtrum idem ſit de executione legatorum profanorum? num.* 209. *& ſeq.*

Indirectè poteſt teſtator impedire, ne ob executoris negligentiam executio ad Epiſcopum deuoluatur; num. 211.

Si teſtator pro euentu negligentiæ executoris ſubſtituat alium executorem, non deuoluetur executio ad Epiſcopum, ſed ad ſubſtitutum. Et vtrum dari etiam poſsit à teſtatore ſecundus ſubſtitutus, pro caſu quo primus quoque ſit negligens? ibid.

Si teſtator dicat, velle ſe vt tempus à jure præſcriptum executori non currat, ſed liberum ei ſit exequi quando voluerit; non deuoluetur executio ad Epiſcopum; num. 212.

Si teſtator diſpoſuerit, quid agendum ſit de legatis in euentu, quo executor fuerit negligens in eis adimplendis, manet excluſus Epiſcopus ab executione, quam executor negligens omiſit; numer. 213.

Prædicta circa deuolutionem executionis ad Epiſcopum, locum ſimiliter habent in deuolutione ad judicem ſæcularem, quando Epiſcopum præuenit; numer. 214.

RESpondetur, non poſſe id prohiberi 208
directè à teſtatore, ſaltem quoad legata pia; poſſe autem indirectè. Priorem hujus reſolutionis partem tradit Gloſ. communiter recepta *in cap. Tua, de Teſtament. verb. interdici,* & probat quia in *Auth. De Eccleſiaſt. tit. §. Si quis autem pro redemptione,* ſtatuitur, vt ſi executor teſtamenti fuerit negligens in exequendis legatis pijs, executio fiat per Epiſcopum, vel ejus miniſtros; priuata autem diſpoſitio teſtatoris non poteſt impedire generalem Conſtitutionem legis, vel Canonis, *cap. Requiſiſti de Teſtament. l. Nemo poteſt, ff. de Legat.* 1. Idem ſumitur ex *d. cap. Tua,* vbi expreſsè conſtituitur, vt Epiſcopi compellant executores fideliter, & plenariè exequi pia relicta, etiamſi teſtatores interdixerint, ne Epiſcopi ſe in hoc intromittant. Atque ita relatis pluribus docet Sanch. *lib. 4. Opuſc. cap. 1. dub. 55. numer.* 3. Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſput. 251. §. Dubium prætereà eſt,* Diana *p. 8. tract. 5. reſol.* 56. Barboſa *de Poteſtate Epiſcop. allegat. 82. numer.* 27. & alij, licèt contrarium videatur ſentire cum alijs Simon de Præt, *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer. 67. & ſequentib.*

Dixi, *Saltem quoad legata pia*; quia 209
multi DD. ſentiunt illam prohibitionem teſtatoris operari, ne executio legatorum profanorum deuoluatur ad Epiſcopum: ſic tenent Panorm. & Anchar. *in dict. cap. Tua,* Syluest. *verb. Teſtamentum, 2. quæſt. 8. dicto* 4. Armil. *verb. Executor, numer.* 11. Tabiena *ibid. quæſt.* 11. Angel. *ibid. numer.* 14. D. Antoninus, *3. p. titul. 10. cap 3. §. 9. fine,* & Matienzo dicens hanc ſententiam veriorem, *lib. 5. Recopil. titul. 4. l. 14 Gloſ. 1. numer.* 43. Quæ quidem ſententia eſt ſatis probabilis. Quia præterquamquod probabile ſit, non poſſe Epiſcopum ſe intromittere in executione teſtamentorum quoad relic-

relicta non pia, vt tenent multi DD. à nobis citati *ſect.* 1. *§.* 5. *numer.* 51. contraria opinio *ibidem numer.* 52. tradita, non videtur habere pro ſe aliquam juris diſpoſitionem adeo certam, & manifeſtam, vt prævalere debeat contra diſpoſitionem teſtatoris expreſſè prohibentis devolutionem executionis ad Epiſcopum.

210 Nihilominus tamen ſatis etiam probabile eſt, eam prohibitionem non obſtare, quominus etiam profanorum legatorum executio ad Epiſcopum devolvatur, ſi hæredes, vel executores à teſtatore deſignati negligentes ſint. Quia ſecundùm jus commune ſatis expreſſum *in cap. Si hæredes, de Teſtament.* ſi hæres vel executor ſit negligens in implendo teſtamento, etiam ad cauſam non piam, Epiſcopus poteſt ſe intromittere ad vrgendam ejus executionem: & conſequenter ad eam ſibi aſſumendam, ſi ille canonicè monitus eam facere omittat tempore conſtituto; cui juri teſtator derogare non poteſt. Et ita docet Couar. *in dict. cap. Tua, de Teſtament. numer.* 6. Barbat. *ibi, numer.* 4. & Sanch. *dict. dub.* 55. *numer.* 5. dicens hanc ſententiam eſſe probabiliorem, de quo tamen dubito, & potiùs in contrariam inclino.

211 Poſterior pars reſolutionis principalis, quod ſcilicet poſſit teſtator indirectè prohibere, ſeu impedire, ne executio devolvatur ad Epiſcopum; conſtabit aſſignando caſus, ſeu modos, quibus teſtator poteſt ſubtrahere executionem ſui teſtamenti à juriſdictione Epiſcopi.

212 Primus caſus eſt, ſi teſtator pro eventu negligentiæ executoris, ſubſtituat alium executorem: tunc enim non devolvetur executio ad Epiſcopum, ſed ad ſubſtitutum, ut ex multis DD. tradidimus, *§. præcedent. numer.* 199. Notat verò Sanch. *dict. dub.* 55. *numer.* 8. cum Bald. & Gregor. Lop. non poſſe à teſtatore dari ſecundum ſubſtitutum pro caſu, quo primus etiam ſubſtitutus negligens fuerit. Id tamen non probat, nec mihi ſatis probabile videtur, cùm non appareat fundamentum, cur teſtator poſſit ſubſtituere ſecundum executorem, non verò tertium, & deinceps, ſicut multiplicare poteſt ſubſtitutiones in ſucceſſione bonorum.

Secundus caſus eſt, ſi nullo deſignato tempore, dicat teſtator velle ſe, vt tempus legitimum executoribus non currat, ſed liberam habeant commiſſionem, vt cum voluerint, exequantur. Ita cum alijs Couar. *in cap. Tua, de Teſtament. numer.* 6. Mattienzo *lib.* 5. *Recopilat. titul.* 4. *l.* 14. *Gloſ.* 1. *num.* 48. & Sanch. *vbi ſupra, numer.* 1. 213

Tertius caſus eſt, ſi teſtator diſpoſuerit, quid ſit agendum de legatis in eventu, quo executores fuerint negligentes in eis adimplendis. Tunc enim non poteſt Epiſcopus illam diſpoſitionem mutare, & ſic manet excluſus ab executione, quam negligens executor amiſit. Ita cum Bartholo, Couar. *vbi ſupra*; & Sanch. *dict. dub.* 55. *num.* 11. 213

Quæ hìc dicta ſunt circa devolutionem executionis ad Epiſcopum, locum ſimiliter habent in devolutione ad judicem ſæcularem, quando Epiſcopum prævenerit, citando priùs tempore habili executorem negligentem: cùm hoc negotium ſit mixti fori; vt ſæpiùs monuimus, eademque ſit ratio reſpectu judicis Eccleſiaſtici, & Sæcularis. 214

§. 6. *Vtrum executores teneantur reddere rationem accepti & expenſi pro adimplenda voluntate defuncti?*

SUMMARIUM.

Reſolvitur quæſtio affirmativè; numer. 215.

Fallit autem prædicta reſolutio in rebus minimis; & quomodo in his procedendum ſit? num. 216.

Fallit etiam in ijs, quæ teſtator ſecretò commiſit executori, vt erogaret. Et quid in hoc obſervandum ſit? num. 217.

215 Reſpondetur affirmatiuè vniuerſim loquendo, ex communi ſententia, quam relatis pluribus tradit Sanch. *lib.* 4. *Opuſcul. cap.* 1. *dub.* 49. *numer.* 1. Quæ ſententia maximè procedit, quoad ea, quæ teſtatores fieri mandarunt pro bono ſuarum animarum: circa quæ hanc obligationem reddendi rationem expreſſè imponunt Ordination. Luſitanę *lib.* 1. *titul.* 62. *in princip.* eandemque vel imponunt, vel apertè ſupponunt Conſtitutiones Synodales hujus Regni, vbi agunt de obligationibus teſtamentariorum. Ratio verò eſt, quia tum ad Epiſcopos, tum ad judices ſæculares ſpectat cognoſcere, & inquirere, an voluntates defunctorum impleantur, & ad id executores compellere, vt patet ex ſuperioribus, ac præſertim ex traditis *ſect.* 1. *§.* 5. Id autem efficere non poſſunt, niſi inſpiciendo teſtamentum, & exigendo rationem ab executoribus, vt conſtat, an bona juxta defuncti voluntatem expenderint, eamque fideliter impleuerint. Unde conſequens eſt teneri eos eam rationem reddere, ſi ab eis exigatur.

216 Limitatur autem præfata reſolutio primò, vt non procedat in rebus minimis. De his enim non tenetur executor reddere rationem per codicem rationum, ſed creditur ei cum juramento, ſi commodè de illis inſtrumentum fieri non poterat. Quod judicis arbitrio pro rerum qualitate, & circunſtantijs relinquitur. Ita cum multis alijs Mattienzo, quem refert, & ſequitur Sanch. *dict. dub.* 49. *numer.* 2.

217 Limitatur ſecundò vt non procedat etiam in ijs, quæ teſtator ſecretò commiſit executori, vt erogaret. De his enim nullam rationem reddere tenetur, nec declarare perſonas, in quas teſtator expendere juſſit. Quod intelligitur, niſi deprehenderetur ſubeſſe fraus, coquod res expendendæ apud ipſum executorem reperirentur. Tunc enim rationem reddet. Sic cum multis alijs Azebed. *lib.* 5. *Recopilat. titul.* 4. *lib.* 6. *numer.* 22. & Sanch. *dict. dub.* 49. *numer.* 3. qui relatis etiam alijs ſubdunt, quòd aliter creditur executori dicenti, ſe juxta voluntatem teſtatoris expendiſſe. Addunt verò ijdem DD. cum Tabiena, debere conſtare vel ex ipſo teſtamento, vel per teſtes, quòd teſtator ſecretò declarauit ſuam voluntatem illi executori, relinquendo ejus conſcientiæ executionem illius: quia alioqui non credetur ei dicenti, ſibi fuiſſe ita commiſſum à teſtatore.

§. 7. *Vtrum teſtator poſsit liberare executorem ab obligatione reddendi rationem Epiſcopo, & alijs miniſtris publicis?*

SUMMARIUM.

Quid in hac quæſtione dicat, & ſentiat Vuadingus. Et quis ſit verus quæſtionis ſenſus? numer. 218.

Teſtator non poteſt remittere executori obligationem reddendi rationem: ſi tamen remittat, quid ea remiſsio operetur? num. 219.

Reſpondet Vuadingus *tract. de Contractib. diſput.* 4. *dub.* 13. *§.* 4. *numer.* 8. hanc quæſtionem videri decidendam juxta verba, & modum liberationis à teſtatore conceſſæ. Si autem ab eo dictum ſit, ſe liberare executores à reddenda ratione, communiorem ſententiam eſſe, quòd tunc liberi manent ab omni reddenda ratione, niſi quando contra ipſum executorem probaretur dolus. Pro qua ſententia citat Speculat. *titul. de Inſtrum. edit. §. Nunc autem aliqua,* & Ioan. Andr. *in Addit. ad ipſum Speculat.* addens ita etiam tenere plures alios. Ipſe autem huic ſententiæ, ſeu ejus limitationi, non acquieſcit, & poſtquam 218

multa

multa verba contra eam conſumit, declarat tandem ſuam ſententiam eſſe, quòd quando teſtator expreſſè diceret, ſe condonare executori omnia, quæ ipſe expendere omitteret in executione teſtamenti, manet executor liberâ reddenda rationem: neque tunc poteſt dolus ab eo committi; cùm teſtator ei permiſerit ſeruare ſibi quantum vellet de ejus bonis. Quæ quidem reſolutio veriſsima eſt, eamque tenet relatis alijs Sanch. *loco infra citando*: at non reſpondet quæſtioni propoſitæ in ſenſu quo à DD. intelligi, & agitari ſolet. Nam ſenſus illius eſt, verùm quando executor reuerà juxta mandatum teſtatoris tenetur diſtribuere illius bona in aliqua opera, vel perſonas, deobligatus ſit à reddenda ratione, ſi teſtator eum liberare voluit ab hoc onere, committendo totam executionem ejus fidelitati, & conſcientiæ, independenter à cognitione, & coactione poteſtatis publicæ?

219 Quæſtioni igitur ſic intellectæ negatiuè reſpondendum eſt cum communi ſententia, quam relatis pluribus tradunt Matthienzo *lib. 5. Recopilat. tit. 4. l. 14. Gloſ. 1. numer. 67. ad med.* Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſputation. 251. §. Dubium deinde eſt*; Sanch. *lib. 4. Opuſcul. cap. 1. dub. 55. numer. 12.* multis citatis, Barboſa *de Poteſtat. Epiſcop. allegat. 82. numer. 18.* & Diana *p. 8. tract. 5. reſol.* 55. idemque tenet Vuadingus *vbi ſupra*, & conſtat apertè ex *cap. Tua, de Teſtament.* definitumque eſt, *in Ordination. Luſit. lib.* 1. *titul. 62. in princip.* Ratione etiam probatur, tum quia exigere hujuſmodi rationem pertinet ad publicam poteſtatem propter commune bonum; quod teſtator impedire non poteſt. Tum etiam quia alioqui daretur executoribus occaſio peccandi, & maneret crimen impunitum, quod permitti non debuit propter ſolam voluntatem teſtatoris. Addunt vero relatis alijs Matthienzo, Sanch. & Diana *vbi ſupra*, quod quando teſtator remittit executori rationem reddere, ſolum videtur ei remittere ſcrupuloſam inquiſitionem, quoad culpam, non quoad dolum, vel reliquorum reſtitutionem.

§. 8. *Vtrum Religioſi executores teſtamenti teneantur reddere rationem Epiſcopo?*

SUMMARIUM.

Religioſi clauſtrales, ſi ſint executores teſtamenti tenentur de jure communi reddere rationem Ordinario loci, quamuis aliàs ſint exempti, ipſeque tenetur eam exigere; non clauſtrales autem ſoli Papæ vel ejus Legato, vel ei qui legitimus Superior eorum fuerit, eam reddere tenentur, numer. 220.

Abbas clauſtralis habens jus Ordinarij reſpectu alicujus territorij, ſi fuerit executor teſtamenti, non tenetur reddere rationes, niſi ei, cui Epiſcopus teneretur, ſi eſſet executor; num. 221.

Vtrum Religioſi Mendicantes, & qui eorum priuilegijs gaudent, à prædicta obligatione reddendi rationem Ordinario loci exempti ſint? num. 222. *& ſequentib.*

Reſpondetur, quòd de jure communi Religioſi clauſtrales (id eſt qui 220 viuunt conuentualiter intra clauſtra Monaſterij ſub obedientia Abbatis, ſeu Prælati ipſius Monaſterij) ſi ſint executores teſtamenti, tenentur, quamuis exempti ſint, reddere rationem ſuſceptæ executionis Ordinario loci, ipſeque Ordinarius eam exigere tenetur, eoſque punire, ſi in executione deliquerint. Ita expreſſè habetur *in Clementina vnica, de Teſtament.* Reli-

 giosi

gioſi autem non clauſtrales præpoſiti alicui Eccleſiæ exemptæ à jurisdictione Epiſcopi non tenentur rationem reddere Epiſcopo, ſed Papæ, vel ejus legato, vel ei, qui legitimus eorum Superior fuerit, quia *dict. Clem. vnica*, de ſolis Religioſis clauſtralibus loquitur. Et ita docet Sanch. *lib. 6. in Decal. cap.* 11 *numer.* 23. cum Abbate *in dict. Clementina, numer.* 5. & Gloſ. *ibid. verb. Deputatis, in fine.*

221 Notat etiam Vuadingus *tractat. de Contractib. diſputation.* 4 *dub.* 13. §. 6. ſi Abbas clauſtralis habeat jura Ordinarij reſpectu alicujus territorij, non teneri rationes reddere, niſi ei, cui Epiſcopus teneretur, ſi eſſet executor. Quia *in dict. Clementina vnica*, non dicitur quòd Religioſi clauſtrales teneantur reddere rationem Epiſcopo, ſed locorum Ordinarijs: vnde cùm hic Abbas ſit Ordinarius loci, idem de illo cenſendum eſt, ac ſi eſſet Epiſcopus talis loci. Cui autem teneatur Epiſcopus rationem reddere? § *ſequent.* dicemus. Addit præterea, & benè idem Vuadingus Religioſum clauſtralem tali Abbati ſubjectum poſſe ei rationem reddere, non vt Prælato regulari, ſed vt Ordinario loci.

Graue autem dubium eſt, vtrum
222 prędicta reſolutio principalis, quòd Religioſi clauſtrales teneantur reddere rationem Epiſcopo, locum hodie habeat in Religioſis Mendicantibus, & alijs, qui cum eis communicant in priuilegijs? Ratio dubitandi eſt, quia hi Religioſi non ſolum gaudent communi exemptione, quæ non tollit quominus taliter exempti conueniri poſsint coram Epiſcopo ratione contractus, vel delicti, juxta *cap.* 1. *de Priuileg. in* 6 ſed etiam ſpeciali, & pleniſsima, propter quam neque ratione contractus, aut delicti Epiſcopo ſubjiciuntur, vt ab eo judicari, aut puniri poſsint. Vnde quamuis *in dict. Clementina vnica*, executores Religioſi, etiam exempti, obligentur reddere dictam rationem Epiſcopo, id videtur intelligendum de exemptis exemptione communi, non verò ſpeciali & plena, qua Mendicantes per ſua priuilegia gaudent. Prima igitur ſententia hac in re negat Religioſos exemptos dicta exemptione ſpeciali teneri reddere rationem coram Epiſcopo. Ita ſentiunt Richar. *in* 4. *diſt.* 45. *articul.* 5. *quæſtion.* 2. Angel. *verb. Executor, numer.* 20. & ibi Armilla *numer.* 14. Tabiena *quæſtion.* 14. *numer.* 15. Syluеſt. *verb. Teſtamentum,* 2. *quæſtion.* 2. *dicto* 4. Emmanuel Rodrig. *QQ. Regular. quæſt.* 70. *articul.* 5. *& in Sum. tom.* 2. *capit.* 156. *numer.* 8. Fagund. *de Contractib. lib.* 6. *cap.* 5. *numer.* 5. Vega *in Summa cap.* 114. *caſu* 5. Carpius *de Execut. teſtament. lib.* 1. *cap.* 5. *numer.* 42. *& lib.* 4. *cap.* 2. *numer.* 9. & Molfeſius *in Summa tom.* 2. *tract.* 13. *cap.* 11. *numer.* 29. qui addit, ita ſeruari in praxi, quod ſcilicet Religioſi dicta ſpeciali exemptione gaudentes, non ab Epiſcopo, ſed à ſuiſmet Prælatis cogantur rationem reddere. In eadem ſententia eſt Vuadingus *dict.* §. 6. *numer.* 5. ea maximè ratione, quod dubitari non poteſt, quin poſt dictam *Clement. vnic.* ampliſsima priuilegia exemptionum conceſſa ſunt Religioſis Mendicantibus

Contrariam nihilominus ſententiam 223
tenent Anchar. *in d. Clem. vnic. num.* 6. Boniſac. *ibid. num.* 84. Sanch. *lib.* 6 *in Decal. cap.* 11 *num.* 22. Barboſa *de Poteſt. Epiſcopi alleg.* 82. *num.* 48. & Caſtrus Palaus *tom.* 3. *tract.* 16. *diſp.* 4 *puncto* 13 §. 1. *num.* 7. & pro eadem videtur ſtare Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 247. §. *Si Religioſi*, vbi indiſtinctè aſſerit, Religioſos, eſto ſint exempti, teneri reddere dictam rationem Ordinarijs locorum, vt *in d. Clem* ſtatuitur. Ratio hujus ſententiæ eſt, quia *dict. Clementina vnica* loquitur abſolutè, & indiſtinctè de quibuſuis Religioſis clauſtralibus, quamuis [illegible] alias exemptis; ergo comprehendit omnes exemptos, etiam exemptione [illegible] illa ſpeciali, [illegible] vbi jus non [illegible],
nec

nec nos diſtinguere debemus; quare ſolùm excipiendi erunt, qui ſpeciale priuilegium contra illam deciſionem habuerint; & non ſufficiet eſſe taliter exemptos, vt etiam ratione contractus, vel delicti Epiſcopo non ſubjiciantur.

Ambæ hæ ſententiæ ſunt probabiles;
224 mihi tamen prior retinenda videtur: tum quia eſt magis recepta; tum præſertim, quia cùm Religioſi mendicantes, & qui cum eis in priuilegijs communicant, per ſua priuilegia ſint ſpecialiter exempti ab Epiſcopis, etiam quoad hoc, vt neque ratione contractus, vel delicti, ei ſubjecti ſint, planè in talibus priuilegijs continetur, vt etiam Epiſcopo non ſubjiciantur ratione executionis teſtamentariæ ab eis acceptatæ; quia vt latè oſtendimus *§. 1. hujus ſectionis*, obligatio quæ ex tali acceptatione reſultat exequendi fideliter teſtamentum eſt obligatio ex contractu, ſcilicet mandati, & negligentia in eo implendo eſt quoddam delictum. Ergo continetur in priuilegio, quo dicti Religioſi exempti ſunt, vt neque ratione contractus, vel delicti ſubjiciantur Epiſcopis, & coram eis conueniri poſſint: eo præſertim, quòd hujuſmodi priuilegia, cùm ſint conceſſa in fauorem ſtatus Religioſi, ampliari potiùs debent, quàm reſtringi.

§. 9. *Vtrum Epiſcopi, uel clerici, quando fuerint executores alicujus teſtamenti, teneantur reddere rationem judici laico?*

SUMMARIUM.

Epiſcopos teneri reddere dictam rationem judici laico, nonnulli ſentiunt; numer. 225. Contrarium tamen eſt tenendum; num. 226

Quando executio teſtamenti ſpectat ad Epiſcopum, eoquod ad eum deuoluta eſt nemini tenetur rationē reddere, niſi ſoli Deo; num. 217.

Clerici Epiſcopo inferiores teſtamenti executores ſolum coram judice Eccleſiaſtico poſſunt cogi rationem reddere; num. 228.

Quod attinet ad Epiſcopos ſtatutum eſt *in l. Nulli, Cod. de Epiſcop. & cleric.* vt quando teſtator 225
aliqua bona reliquerit ad Redemptionem captiuorum, & non deſignauerit perſonam, per quam id mandetur executioni, Epiſcopus loci, ubi teſtator natus eſt, habeat facultatem exigendi quod ad illud opus relictum eſt, ipſumque opus quamprimum exequatur; ſimulque eidem Epiſcopo injungitur, vt rectori Prouinciæ manifeſtet, quę bona, & quo tempore acceperit ad id pręſtandum; atque vt poſt vnius anni ſpatium eidem judici rationem reddat, tum de numero captiuorum, qui redempti ſunt, tum de pretio, quod pro eis dedit. Vnde credit Molina *tom. 1. de Iuſtit. diſput.* 247. *§. Excipitur, in fine*, cum Gregor. Lop. quem ibidem refert, teneri hodie Epiſcopos illam rationem judici ſæculari reddere, ſicut in dicta lege præcipitur, cùm contrarium nullis alijs juribus conſtitutum ſit. Idem pro quouis caſu, quo Epiſcopus teſtamentum exequitur, ſentire videtur Vuadingus *de Contractib. diſput.* 4. *dub.* 13. *§.* 6. *numer.* 3. vbi ſic ait: An verò quando Epiſcopus exequitur, teneatur rationem reddere judici ſæculari, vel cætera facere, quæ diſponuntur *in dict. l. Nulli?* aliqui dicunt non eſſe in vſu; Molina dicit, ſeruanda omnia; conſulenda hic locorum conſuetudo. Nam lex pro judice eſt clara, nec per Canones correcta: ſic ille.

Contrarium tamen docet meritò Di- 226
ana *p. 8. tract 5. reſolut.* 42. ſcilicet Epiſcopum executorem nullo in caſu teneri reddere rationem coram judice ſæculari; cùm id ſit contra mu-

munitatem Eccleſiaſticam, & Epiſcopalem dignitatem; ſed debere eam reddere coram ſuo Metropolitano. Quam ſententiam tenent etiam Carpius, Eſcobar, & Spino; quos idem Diana refert. Neque obſtat, ſi dicas, quod in caſu dictæ *l. Nulli*, Epiſcopus accipit facultatem exequendi voluntatem defuncti à poteſtate laica, cum onere reddendi rationem judici laico; ac proinde quòd talem facultatem acceptando ſe ipſum veluti ex contractu obligauit ſubire illud onus: & ſic abſque præjudicio immunitatis Eccleſiaſticæ ad illud teneri. Reſpondetur enim, illam facultatem non competere Epiſcopo ex ſola conceſsione poteſtatis laicæ *in d. l. Nulli*, ſed præcipuè ex diſpoſitione juris Canonici: quod tale onus ei non imponit, nec imponere debuit; cùm Epiſcopalem dignitatem non deceat, proindeque contra Eccleſiaſticam immunitatem fore, ſi Epiſcopus illud ſubire cogeretur, cùm per jus Canonicum ab eo ſit liber, nec illud acceptaſſe cenſendus ſit.

227 Quòd ſi executio teſtamenti ad Epiſcopum ſpectet, eoquod propter negligentiam executoris à teſtatore deſignati ad illum deuoluta eſt, tunc nemini tenetur rationem reddere, niſi ſoli Deo. Cum in tali caſu procedat ut judex publicus, in cujus tribunali cauſa hæc terminatur, abſque obligatione reddendi rationem alteri Superiori, niſi fortè in aliquo raro caſu, in quo de mala ſua adminiſtratione apud Superiorem accuſaretur, vel denunciaretur: nam tunc cogi ab eo poſſet rationem reddere. Adde, quòd Epiſcopi, quando executio ad eos deuoluitur, non ſolent per ſe eam expedire, ſed per ſuos Vicarios, vel alios miniſtros ad id deputatos, qui Epiſcopo, vel alteri officiali ad id conſtituto, rationem reddunt, vt in aliquibus Conſtitutionibus Synodalibus hujus Regni expreſsè cauetur.

228 Quod vero attinet ad clericos Epiſcopo inferiores, tenet Alphonſus de Eſcobar apud Dianam *d. tract. 5. reſol.* 43. [illegible] reddere rationem coram judice laico [illegible] ab hac ſententia re[illegible] D[illegible] *loco citat.* cum Martha *de Iuriſdiction. p. 4. cent. 2. caſu* 148. *numer.* 16. qui docent, non poſſe [illegible] executores teſtamentorum cogi reddere rationem coram judice laico, ſed ſolum coram judice Eccleſiaſtico conueniendos eſſe, juxta *cap. Ioannes, de Teſtament. & Clem. eodem titul.* vbi Abbas, *numer.* 8. Quia cum clerici Eccleſiaſtico judici ſubſint, non vero ſecularibus, illi tantùm rationem reddere cogendi ſunt: quam ſententiam tenet etiam Oliua *tract. de Foro Eccleſiæ, 2. p. q.* 31. *fine.*

§. 10. *Vtrum executor teſtamenti teneatur facere inuentarium, & apud quem judicem conficiendum ſit?*

SUMMARIUM.

IN quo executore quæſtio hæc locum habeat? Et quando hæres teneatur facere inuentarium? num. 229.

Executor, penes quem ſunt bona teſtatoris, vt ea expendat in vſus à teſtatore præceptos, tenetur facere eorum inuentarium; num. 230.

Teſtator poteſt remittere executori confectionem inuentarij: id tamen non impediet quominus à judice compelli poſſit illud conficere; num. 231.

Quando teſtator eſt laicus, & teſtatus eſt ad cauſam non piam, instituto hærede laico, conficiendum eſt inuentarium apud judicem laicum; numer. 233. *Et quid, ſi ſimul cum laico inſtitutus eſt hæres clericus? num.* 234.

Apud quem judicem confici debeat inuentarium, quando teſtator laicus clericum tantummodo inſtituit? numer. 235. *Et quid quando teſtator [illegible] laicum hæredem inſtituit? numer.* 236. *& ſequentib. Item quid, quando teſtator clericus inſtituit hæredem clericum?*

ticum? num. 240. & ſeqq.
Quomodo juſtificari poſsit praxis Luſitana, quæ obtinuit, vt mortuo Epiſcopo, inuentarium bonorum illius fiat per miniſtros Regios? num. 242.
Ad quem judicem ſpectet inuentarium, quando clericus ſimul clericum, & laicum hæredes inſtituit? numer. 243. & ſeqq.
Clericus citari non poteſt citatione arctatiua ad comparendum coram judice ſæculari; bene autem citatione denunciatiua, vt poſsit coram illo agere de jure ſuo; numer. 244.
In indiuiduis, magis dignum trahit ad ſe minùs dignum; & clericus laicum ad judicium Eccleſiaſticum; numer. 245.
Clericus non indiget licentiâ Epiſcopi ad jurandum coram judice ſæculari, quando non ex mandato judicis, ſed voluntariè ad jurandum accedit; numer. 248.
Hæres clericus inſtitutus à clerico poteſt, ſi velit, poſt aditam hæreditatem accedere ad judicem ſæcularē pro conficiendo inuentario, niſi judex Eccleſiaſticus eum præuenerit; numer. 249.
Quando plures ſunt hæredes, omnes ſimul tenentur facere inuentarium coram vnò & eodem judice: poteſt autem vnus alteri confectionem inuentarij committere ad vitandam moleſtiam, & expenſas; num. 250.
Quando teſtamentum eſt conditum ad pias cauſas, ſi teſtator erat clericus, & hæreditas non ſit adita, pertinet confectio inuentarij ad judicem Eccleſiaſticum: & quid ſi teſtator erat laicus? numer. 251. Si autem hæreditas jam ſit adita, variè diſtinguitur; numer 252. & ſeqq.

229 HÆc quæſtio ſolum habet locum in executore, penes quem ſunt bona teſtatoris, vt ea expendat in opera, & vſus à teſtatore præſcriptos. Nam ſi bona ſint penes hæredem teſtatoris, non ſpectat ad executorem, qui hæres non eſt, [illegible] illorum, ſed ad ipſum hæredem, qui præſtabit, quæ neceſſaria fuerint, vt teſtamentum executioni mandetur. At [illegible] ipſe hæres inuentarium facere non tenetur, niſi teſtator eum grauaſſet, vt totam hæreditatem, vel quotam illius inſumeret in vſus ab ipſo teſtatore præſcriptos, eamuè alteri reſtitueret; nam ſecluſo hujuſmodi caſu, ſibi tantùm præjudicare poteſt non faciendo inuentarium: ſiquidem omnia onera hæreditaria implere cogetur, etiam ſi vires hæreditatis excedant; cùm ad ea omnia ſe obligauerit, hoc ipſo quod hæreditatem acceptauit abſque beneficio inuentarij; vt nunc ex communi doctrina ſuppono. Quando autem grauatus eſſet expendere totam hæreditatem, vel quotam illius: tunc idem de illo erit, atque de executore, ad quem bona teſtatoris deuenerunt, vt ea expenderet, juxta voluntatem defuncti: de quo executore jam dicimus.

230 Loquendo igitur de prædicto executore, qui propriè ad præſentem quæſtionem ſpectat, communis ſententia eſt, teneri facere inuentarium omnium bonorum, quæ accepit ad expendendum in opera, & vſus à teſtatore præſcriptos. Ratio patet: quia talis executor tenetur rationem reddere accepti & expenſi in opera & vſus ſibi præſcriptos à teſtatore, vt ex ſuperioribus conſtat, & eſt [illegible] tatum; ratio autem accepti, neque exigi, neque reddi conuenienter poteſt, niſi per codicem inuentarij, vt ſatis per ſe liquet, & ita pro hac ratione reddenda diſponit jus Luſitanum *lib. 1. Ordinat. tit. 62. §. 9.* vt executores teſtamentarij, & ſimiles perſonæ obligatæ implere aliqua teſtamenta, oſtendant Prouiſoribus tam ipſa teſtamenta, quàm inuentarium bonorum defuncti, quæ receperunt, & expenſas ex illis factas: idemque ſumitur ex *l. Nulli, Cod. de Epiſc. p. & cleric.* vbi Epiſcopo tenenti redditum executoris legati pro redimendis captiuis ipſi demandata, in-

jungitur, vt pecunias, quas ad hoc acceperit in publico inſtrumento deſcriptas judici manifeſtet.

231 Limitat vero hanc reſolutionem Viadingus *tract. de Contractib diſp.* 4. *dub.* 13. *§.* 4. *numer.* 7. & ex eo Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſolut.* 3[illegible] referens etiam Bartholum, niſi teſtator executori remittat confectionem inuentarij. Quod probat argument. *l. vltim. §. Illo, C. Arbitr. tutel.* vbi admittitur, poſſe teſtatorem remittere tutoribus, & curatoribus obligationem conficiendi inuentarium. Non obſtabit tamen ea remiſsio, quominus judex eum poſsit obligare, vt inuentarium conficiat, ſi id expedire judicauerit, vt in ſimili de tutore tenet cum Barthol. & communi DD Couar. *2. Variar. cap.* 14 *numer.* 4. & Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſputat.* 223 *§. Vtrum autem tutori*, Cabedo[illegible] *p. deciſ.* 136. *numer.* 8. & Franciſ. Niger. *Forenſ. controuerſ.* 534. *num.* 37.

232 Non [illegible] autem difficultas eſt, ad quem judicem, ſeu ad quod forum, Eccleſiaſticum ne an ſæculare, confectio talis inuentarij pertineat? Cui vt aptè ſatisfiat, nonnulli caſus diſtinguendi ſunt. Nam vel teſtator, cujus bona inuentarianda ſunt, eſt laicus, vel clericus: item vel teſtatus eſt ad pias cauſas, vel ad non pias; & vel ejus hæreditas jam eſt adita, vel adhuc jacens: & ſi eſt adita, vel adita eſt per hęredem laicum, vel per Eccleſiaſticum & vel is, qui adiuit, eſt propriè hæres, qui ſcilicet adeundo bonorum dominium acquiſiuit, vel ſolum habetur loco hæredis; qui adeundo, ſolam bonorum adminiſtratio nem acquirit; cujuſmodi ſunt executores vniuerſales teſtamenti ad pias cauſas, quæ omnia ad præſentem conſiderationem ſpectant: & ideo plures caſus diſtinguere oportet.

233 Primus igitur caſus ſit. Quando teſtator eſt laicus, & teſtatus eſt ad cauſas non pias, inſtituto hærede laico. In hoc ſiue ſiue hæreditas ſit jacens, ſiue adita conf[illegible]o inuentarij ſpectat ad judicem [illegible]. Eſt reſolutio apud omnes indubitata; cùm tam res, quàm perſonæ, quæ hic interueniunt, ſint merè laicæ, & ad forum ſæculare ſpectantes; vnde non eſt cur confectio inuentarij in tali caſu faciendi ad forum etiam ſæculare non ſpectet.

Sed quid, ſi à tali teſtatore, ſimul cum laico inſtitutus etiam eſt clericus? Reſpondetur, tunc etiam confectionem inuentarij ſpectare ad forum, & judicem ſæcularem, præſertim ſi hæreditas adhuc ſit jacens; quia hæreditas jacens repræſentat perſonam defuncti, *l. Hæreditas*, 34. *ff. de Acquir. rerum domin. §. Seruus autem, Inſtit. de Hæredib. inſtitut. & l. Denique, §. Quæſitum, in fine, ff. Quod vi, aut clam.* Unde cùm defunctus fuerit laicus, cujus bona, ſi viuus eſſet, poteſtati ſæculari ſubjicerentur, conſequens eſt ad eandem etiam pertinere eorum cognitionem, & inuentariationem, dum hæreditas talis defuncti eſt jacens. Quo argumento probat, & pro certo habet D. Petrus Barboſa *in l. Hæres abſens, in princip. numer.* 186. *ff. de Iudicijs*, cum Carolo Molinæo, quem ibidem refert, quoties hæreditas defuncti laici eſt jacens, licèt hęres inſtitutus ſit clericus, non poſſe judicem Eccleſiaſticum ſe in illis bonis intromittere ad conficiendum inuentarium, licèt contrarium ſenſerint Franciſcus Marius, *deciſ.* 1060. *numer.* 4. *in prima parte, & Phanutius de Inuentario*, 3. *p. numer.* 25. Quando autem hæreditas jam eſſet adita, licèt nonnulla ſit difficultas, attamen quod tunc etiam confectio inuentarij pertineat ad forum ſæculare, videtur probabilius, vt à fortiori conſtabit ex infra dicendis, *numer.* 243. vbi probauimus, quod etiam quando teſtator eſt clericus, ſi laicus & clericus inſtituti ſunt, & hæreditas eſt adita, poteſt inuentarium fieri apud judicem laicum.

234

235 Secundus caſus eſt, quando teſtator laicus clericum tantummodo inſtituit. In hoc caſu, ſi hæreditas [illegible], cùm repræſentet defunctum laicum, pertinet confectio inuentarij [illegible]-

norum illius ad judicem laicum, vt conſ-
320 tat ex dictis *numer. præcedent.* Et ita præter Barboſam ibidem allegatum, docent in ſpecie Gabriel Pereira *de Manu Reg. p. 1 cap. 16. numer. 22.* Carleual. *de Iudicijs lib. 1. titul. 1. diſputat. 2. quæſtion. 5. numer.* 343. & Oliua *de Foro Eccleſiæ, 2. part. quæſtion. 31. numer.* 31. dicens ſibi eſſe indubitabile. Si autem hæreditas ſit adita, pertinet confectio inuentarij ad judicem Eccleſiaſticum. Quia poſtquam hæreditas eſt adita, non manet, nec poteſt dici propriè hæreditas defuncti, *l. 1. §. Scæuola, ff. Siquis in teſtament. liber. eſſe juſſ. fuerit, l. Hæreditas in multis, ff. de Acquir. rerum domin. § 1 Inſtitut. de Hæred. qualit. & differ.* ſed res omnes hæreditariæ incipiunt conſiderari tanquam patrimonium hæredis adeuntis, in cujus dominium tranſiere; *dict. §. 3. Inſtitut. de Hæred. qualitat. & alijs juribus citat.* Unde, cùm in præſenti caſu hæres, qui adiuit, ſit clericus, cujus tam perſona, quàm bona ſunt omnino exempta à poteſtate laica, *cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ, de Conſtitut.* fit vt confectio inuentarij talium rerum non pertineat ad judicem laicum, ſed ad ſolum Eccleſiaſticum, nihil obſtante, quòd dum erant defuncti, vel illum repræſentabant, laicæ poteſtati ſubjectæ fuerint. Quia quando res non priuilegiatæ perueniunt ad priuilegiatum, amittunt naturam antiquam, & fiunt priuilegiatæ, *l. Per procuratorem, aliàs, Paulus reſpondit,* & ibi Barthol. *ff. de Acquir. hæredit. capit. vnic. §. fin. de Iure patron. in 6.* Et ita quod in præſenti caſu confectio inuentarij pertineat ad judicem Eccleſiaſticum, docent in ſpecie Emmanuel Barboſa *in Addit. ad Ordination. Reg. lib. 1. titul.* 87 *§. 4. numer.* 5. & D. Petrus Barboſa *in l. Si conſtante, numer. 30. ff. Solut. matrimon.* vbi pro eadem ſententia refert Guid. Pape *decis.* 261 videturque omnino tenendum.

236 Tertius caſus eſt, quando clericus teſtator laicum hæredem inſtituit. In hoc caſu ſi hæreditas ſit adita, confectio inuentarij ſpectat ad judicem laicum. Quia licet ante aditionem hæreditas repræſentaſſet defunctum priuilegiatum, nempe clericum, & ſic illius priuilegio & exemptione gauderet: at tamen per aditionem tranſierit in patrimonium, & dominium laici inſtituti, mutatâ perſonâ ob quam erat priuilegiata, mutata etiam fuit bonorum conditio, & effecta ſunt non priuilegiata, & de foro laico, juxta conditionem perſonæ, in quam tranſiere, vt per *dict. l. Per procuratorem, ff. de Acquir. hæredit. & dict. cap. vnic. §. fin. de Iur. patron. in 6.* & ſic eorum inuentarium ad ſæcularem judicem ſpectat. Atque ita docent communiter DD. Guido Pape *dict. deciſ.* 261. Petrus Barboſa *in l. Hæres abſens, numer.* 179. *ff. de Iudicijs*, Martha *de Iur. ſdict. p. 4. caſu* 122 *numer.* 16. Gabriel Pereira *de Manu Regia 1. p. cap 16. numer.* 20. Fragoſ. 3 *p. lib. 5. diſputation.* 8. *§. 2. numer.* 93. Oliua *de Foro Eccleſiæ quæſt* 31. *num.* 2 & multi alij, quos referunt.

Si autem hæreditas non ſit adita, ſatis controuerſum eſt, vtrum ad ſæcularem, vel ad Eccleſiaſticum judicem confectio inuentarij pertineat? Pro ſæculari acriter pugnant Petrus Barboſa *in dict. l. Hæres abſens, numer.* 192 *& ſequentib.* & Carleual. *de Iudic. lib. 1. titul. 1. diſputation. 2. numer.* 341. Quorum fundamentum eſt, quia inſinuatio, ſeu publicatio teſtamenti in prædicto caſu debet fieri coram judice ſæculari, vt probat *l. Repetita, Cod. de Epiſcop. & cleric.* & ibi Bald. *numer. 1. & l. Conſulta Diualia, Cod. de Teſtament.* & tenet praxis magis recepta, vt per Cabedo. & alios quos refert. Ergo ad judicem etiam ſæcularem ſpectat confectio inuentarij in caſu propoſito. Probant conſequentiam primo, quia quando inuentarium fit ante aditionem hæreditatem, eius confectio nihil eſt aliud, quam quædam ſpecialis declaratio bonorum, quæ in dominio [illegible] hæredi. Unde [illegible] declaratio ſolum de te- 237

gati

gat, quod latebat, *l. Adeo*, §. *Non videtur*, *ff. de Acquir. rerum dominio*, *l. Hæredes palam*, §. *Siquidpoſt*, *ff. de Teſtament.* debet conſiderari tanquam quid contentum in ipſo teſtamento, & quaſi ejus pars. Ergo ſicut ad judicem ſæcularem in præſenti caſu ſpectat cognitio teſtamenti, & eius publicatio, ſic etiam ſpectat confectio inuentarij; cùm cenſeatur pars illius. Secundo, quia inuentarium, quod fit ante aditionem hæreditatis, eſt quoddam præparatorium ad publicationem teſtamenti, vt ſciatur, quot bona reliquerit defunctus, ex quibus poſsit ſatisfieri voluntati defuncti publicatæ: qui autem eſt judex competens præparati, eſt etiam præparatorij, ex regula *l. Ordinarij*, *Cod. de Rei vendicat*; vbi id notat Bald. *numer.* 2 Hanc eandem ſententiam, licèt ex diuerſo fundamento, magis probat Guttier. *Practic. qq. lib.* 2. *quæſtion.* 49. *numer.* 3. & pro illa etiam videntur ſtare, qui indiſtinctè afferunt, confectionem inuentarij de bonis clerici defuncti à quo laicus eſt inſtitutus, ſpectare ad judicem ſæcularem: hi ſunt Emmanuel Barboſa *in Remiſsion. ad Ordination. Reg. lib.* 1. *tit.* 87. §. 4. *numer.* 5. Cabed. *deciſ.* 81. *p.* 1. & alij, quos referunt: nonnullos etiam adducit Petrus Barboſa *vbi ſup. num.* 178. & 183.

238 Nihilominus contrariam ſententiam, quod ſcilicet in præſenti caſu, ſi hæreditas non ſit adita, confectio inuentarij pertinet ad judicem Eccleſiaſticum, non vero ad ſæcularem, tenent meritò Martha *dict.* caſu 122. *numer.* 15. Gabriel Pereira *dict. cap.* 16. *numer.* 21. Manrique *Variar. qq. p.* 1. *quæſtion.* 73. *numer.* 2. & *ſequentib.* verior [illegible] in puncto juris fatetur idem Carleual *vbi proxime, dict. diſputation.* 2 *numer* 342. & alij, quos citat & ſequitur Oliua *quæſtion.* 31 *numer.* 5. vbi reſtatur, ſa[illegible] ſe vidiſſe hanc ſententiam obſeruari in praxi hujus regni Luſitani: atque id etiam haberi in Conſtitutionibus Synodalibus plurium [illegible] eiuſdem Regni, in [illegible]tur, vt Vicarij Generales Epiſcoporum inuentarium faciant de bonis clericorum defunctorum. Adducit etiam pro hac ſententia poteſt Guido Pape *dict. deciſ.* 261. cum multis alijs, qui illum indiſtinctè ſequuntur, quatenus aſſerendo ſimpliciter, quod quando clericus inſtituit laicum, pertinet inuentarium ad judicem laicum, in eo tantùm ſe fundat, quod hæreditas tranſierit in patrimonium laici inſtituti, & ſic effecta ſit laica, & de foro laico; quæ ratio ſolùm militat, quando hæreditas jam eſt adita. Vnde à ceſſante ratione, contrarium videtur ſentire, pro caſu quo hæreditas adhuc eſt jacens: cum pro tunc ſolùm repræſentet defunctum clericum, ejuſque immunitate gaudeat, atque adeo, non ad judicem laicum, ſed ad Eccleſiaſticum ſpectare debeat inuentarium bonorum, quæ in ea reperiuntur. Et hoc eſt fundamentum hujus ſententiæ, quod mihi videtur inelectabile, quidquid Guttier. & Petrus Barboſa *loc ſupra citat.* illud eneruare conentur.

Hæc igitur ſententia tenenda eſt, & ad fundamentum quod Petrus Barboſa pro oppoſita ſubriliter commentus eſt, & poſt eum Carleual. reſpondemus, in primis ſub lite eſſe ejus antecedens, quod ſcilicet inſinuatio, & publicatio teſtamenti in propoſito caſu ad judicem ſæcularem pertineat: multi enim DD. contrarium ſatis probabiliter ſentiunt, vt videre eſt apud Molinam *tom.* 1. *de Iuſtit. diſpution.* 250. §. *Ante penult.* & Oliuam *de Foro Eccleſiaſt. p.* 2. *quæſtion.* 30. *numer.* 48. Verùm, admiſſo illo antecedente, negamus conſequentiam: & ad primam ejus probationem negamus etiam, inuentarium cenſeri contentum in teſtamento, & quaſi partem ilius: id enim manifeſtè eſt falſum; quia cùm non fiat per ipſum teſtatorem, neque eo viuente, rationem, & naturam teſtamenti participare non poteſt: neque etiam principaliter fit, vt ſpecialiter de [illegible] quæ bona in teſtamento relinquuntur, ſed ne per fraudem, & malitiam alicuius bona defuncti abſcondantur, vel ſubtrahantur, & ſic impediatur impl[illegible]mentum voluntatis 239

tis ipſius defuncti: vnde cùm ille ſit clericus, & bona ejus nondum tranſierint in patrimonium laici inſtituti, fit vt ad judicem Eccleſiaſticum confectio inuentarij pertineat. Ad ſecundum reſpondetur, negando etiam tale inuentarium eſſe præparatorium ad publicationem teſtamenti. Quia vt teſtamentum publicetur, non eſt neceſſarium inuentarium, vnde fere ſemper poſt teſtamenti apertionem & publicationem fieri ſolet, vt eſt notiſsimum.

240 Quartus caſus eſt, quando clericus inſtituit hæredem clericum. In hoc caſu, ſiue hæreditas ſit jacens, ſiue jam adita per clericum inſtitutum, confectio inuentarij pertinet ad judicem Eccleſiaſticum. Ratio patet ex ſupradictis, quia ſi hæreditas eſt jacens, repræſentat clericum defunctum; & ſic confectio inuentarij de bonis in ea repertis, ſpectat ad judicem clericorum, qui eſt ſolus Eccleſiaſticus. Si autem jam eſt adita per clericum inſtitutum, effecta eſt patrimonium illius; & ſic gaudet immunitate bonorum clericalium; in quibus ſolus judex Eccleſiaſticus ſe intromittere poteſt, *cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ, de Conſtit.* Atque ita docent Franciſc. Marcus *deciſ.* 104. *p.* 1. Guttier. *Pract. qq. lib.* 2. *quæſtion.* 49. *à numer.* 5. Martha *de Iuriſdict. p.* 4. *caſu* 122. *numer.* 14. Gabriel Pereira *de Manu Regia p.* 1. *cap.* 16. *numer.* 25. & Oliua *de Foro Eccleſ.* 2. *p. q.* 31. *ſub num.* 28.

241 At in hoc etiam caſu, ſi hæreditas non ſit adita, pertinere inuentarium ad judicem ſecularem, contendit Petrus Barboſa in *dict. l. Hæres abſens, numer.* 197. *& Carleual vbi ſupra, dict. diſputation.* 2. *numer.* 346. moti ea ratione, quòd etiam quando clericus inſtituit hæredem clericum publicatio teſtamenti pertinet ad judicem ſæcularem: & conſequenter ad eundem etiam pertinet inuentarium, tanquam pars ipſius teſtamenti. Sed hoc fundamentum jam ſatis *numer.* 239 impugnatum eſt, & oſtenſum nullius eſſe momenti. Adhuc tamen pro hac opinione argui poteſt ea ratione; quia Princeps ſæcularis licèt nullam habeat juriſdictionem in clericos, neque in eorum bona, curare tamen poteſt de facto, & tanquam negotiorum geſtor, vt bona clericorum defunctorum cuſtodiantur, & integra futuris eorum ſucceſſoribus conſeruentur, impediendo latrocinia, quibus aliàs manerent expoſita, dum in poteſtatem hæredum, vel ſucceſſorum non veniunt. Ad quem finem cùm maximè neceſſarium ſit, fieri inuentarium illorum, conſequens eſt, poſſe illud fieri per miniſtros Regios. Qua ratione praxis in hoc Regno Luſitano obtinuit, vt mortuo Epiſcopò, ſtatim inuentarium bonorum illius fiat per miniſtros Regios, peneſque illos ſit eorum cura, donec ſucceſſori tradantur.

Ad hoc verò bene reſpondet Oliua 242 *vbi ſupra*, licèt in bonis Epiſcoporum dicta praxis juſtificari poſsit ob aſsignatam rationem vitandi latrocinia, & præjudicium, quod aliàs ſucceſſori ſequetur, tamen in clericis inferioribus vix poſſe habere locum. Et diuerſa ratio eſt, quia bona Epiſcoporum defunctorum plerumque ſunt acquiſita ex reditibus Eccleſiæ, in quibus de jure teſtari non poſſunt, & pertinent ad futurum Prælatum ejuſdem Eccleſiæ, qui non ſtatim eſt certus, nec niſi poſt longum tempus ſuccedet: vnde multis interim latrocinijs ſunt expoſita, niſi per prouidentiam Regiam cuſtodiantur. At verò inferiores clerici etiam de bonis intuitu Eccleſiæ acquiſitis teſtari poſſunt ex recepta conſuetudine horum Regnorum: & ideo vbi moriuntur, ſtatim habent hæredem certum, qui facilè curare poteſt ne bona diſipiantur. Si autem in aliquo caſu ob abſentiam, vel impotentiam hæredis latrocinia timerentur, niſi judex ſæcularis ea bona defenderet, & cuſtodiri curaret, tunc etiam ad ejus prouidentiam, & officium ſpectaret de illis curare ad impediendа furta, ſicut in bonis Epiſcoporum dicta praxis admittit. Nunquam tamen in hujuſmodi bonis ſe intromittere poteſt, quaſi aliquam juriſdictionem in eis habeat, ſed ſolùm de facto de illis curare

re poterit, quando cauſa rationabilis id poſtulaverit. Unde ſemper ſtat, quòd de jure ad ſolum judicem Eccleſiaſticum ſpectat inventarium de bonis clerici defuncti, cujus hæreditas non eſt adita. In quo ſenſu præfata communis ſententia procedit.

243 Quintus caſus eſt, quando clericus ſimul clericum, & la cum inſtituit. In hoc caſu ſi hæreditas non ſit adita, ſatis ex dictis conſtat, quod ad Eccleſiaſticum judicem confectio inventarij ſpectat; cùm talis hæreditas pro tunc repræſentet clericum defunctum, & ſic ejus immunitate gaudeat. Si autem hæreditas ſit adita, tenendum videtur, confectionem inventarij ſpectare ad judicem ſæcularem. Quam reſolutionem indubitabilem dicit Oliva *dict. quæſtion.* 31. *numer.* 32. quando hæres clericus peteret fieri inventarium; quia cùm ſit actor, & cohæres laicus citandus ſit, in foro ſæculari id fieri debet, juxta vulgares regulas, quod clericus actor debet ſequi forum rei, *cap. Si clericus laicum, & cap. Cum ſit generale, de Foro competent.* Si autem laicus petat, contrarium videbatur dicendum, cùm eo caſu clericus cohæres citandus ſit, qui per prædictas juris regulas ad forum ſæculare vocari non poteſt. Ex quo fundamento hanc partem ſuſtinet Martha *de Iuriſdict. p.* 4. *caſu* 122. *à num.* 5.

244 Verius nihilominus videtur, quòd in hoc etiam eventu poteſt inventarium fieri apud judicem ſæcularem, ut cum Angelo Baldo, Alex. Paulo, Iaſ. & alijs defendit Oliva *loco proximè citat.* Et ratio eſt, quia id non repugnat, neque ex parte laici petentis, vt eſt manifeſtum; cùm laicus & illius bona ſeculari poteſtati ſubdantur: neque etiam ex parte clerici citandi, quia licèt clericus citari non poſſit citatione vera, & arctativa ad comparendum coram judice ſæculari, *cap. Qualiter, de Iudic.* attamen benè, & ſine præjudicio Eccleſiaſticæ immunitatis citari poteſt citatione tantùm denuntiativa, ſeu notificativa rei gerendæ apud judicem ſæcularem, vt bene docent Bald. *in l. Teſtamenta omnia, numer.* 4 *Cod. de Teſtament.* & ibi Iaſ. *numer.* 3. Paulus *numer.* 7. Decius, & alij communiter, idem Decius *in cap. Cum inter, numer.* 16. *de Exception.* vbi Felin. *numer.* 12. *& in cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ, numer.* 68. *de Conſtit.* Surd. *deciſ.* 26. *numer.* 1. *&* 11. Curia Philippica 1, *p.* §. 5. *numer.* 31. Gironda, *de Gabellis,* 4. *p.* §. 1. *numer.* 18. & plures alij, quos citat, & ſequitur Ceuallus *tract. de Cognitione per viam violentiæ,* 2. *p. quæſtion.* 78. *numer.* 3. Quia hæc citatio non continet præceptum obligans perſonam citatam, nec ſupponit vllam juriſdictionem in judice reſpectu illius, ſed eſt tantùm quædam ſimplex notificatio, qua moneatur, vt poſſit comparere ad dicendum de jure ſuo. Vnde notant bene cum alijs Anſald. *de Iuriſdict. p.* 3. *titul. vnico, cap.* 13. *per totum,* Salgado *de Regia poteſtat. p.* 1. *cap.* 2. *à numer.* 133. & Oliva *vbi ſupra, & quæſtion.* 30. *numer.* 17. quod clericus comparens, ratione hujus citationis coram judice ſæculari, non comparet vt reus, ſed vt actor, cùm ſponte ſua abſque vlla obligatione, vel coactione accedat ad curandum de ſuo intereſſe. Patet autem non prohiberi clericum accedere vt actorem ad ſæculare judicium. Vnde conſequens eſt, poſſe dicto modo citari ad confectionem inventarij, quod cohæres laicus facere intendit apud judicem ſæcularem. Nec dubium eſt quin prædicta citatio ſufficiat, vt tale inventarium validè fiat; quia vt advertit Oliva *dict. quæſtion.* 31. *numer.* 33. etiamſi clericus nullo modo citetur, nec vocetur, inventarium nihilominus valet, licèt poſtea, ſi ſe læſum reperiat, de ſuo præjudicio agere poſſit. Id quod in praxi hujus Regni Luſitani admitti, tradit Valaſc. *conſult.* 52. *numer.* 22. *tom.* 1. vbi teſtatur, non requiri in hoc Regno, vt hæredes citentur ad confectionem inventarij, quia liberum eis manet illud redarguere, ſi fideliter confectum non ſit.

Quòd ſi vterque prædictus cohæres, 245 idest tam clericus, quàm laicus, de communi conſenſu velint facere inventari-

tarium antequam hæreditas inter eos diuiſa ſit, cùm tamen jam ſit adita (in quo caſu neuter eorum citandus eſt) dubitari meritò poteſt, apud quem judicem id fieri poſsit, vel debeat, Eccleſiaſticum ne, an ſæcularem? Circa quam difficultatem nihil apud DD. reperio: quid autem mihi videatur breuiter exponam. Cenſeo igitur, quòd in hoc caſu poſſunt dicti cohæredes eligere quem voluerint ex illis judicibus: nam quòd poſsint adire judicem Eccleſiaſticum non videtur dubitandum; quia cùm Eccleſiaſticus ſit proprius judex clerici, & ſit dignior, cui etiam laicus ſubjectus eſt, ſi cohæres clericus ad eum velit accedere pro confectione inuentarij, ſecum neceſſariò trahet cohæredem laicum: nam cùm inuentarium ſit faciendum de bonis hæreditatis nondum diuiſæ, non poteſt laicus illud facere pro ſua parte coram vno judice, & clericus pro ſua coram alio, cùm adhuc non ſit facta partitio, ſed neceſſe eſt vt totum inuentarium fiat coram vno judice: vnde ſuccedit hìc regula, quòd in indiuiduis magis dignum trahit ad ſe minùs dignum, & clericus laicum ad judicium Eccleſiaſticum: Barthol. *in l. Præcipimus*, *§. Eodem obſeruando*, *Cod. de Appellation.* Couar. *Practic. qq. cap.* 36. *numer.* 5. Azeued. *lib.* 4. *Recopilat. titul.* 1. *l.* 10. *numer.* 15. *&* 23. Gonçal. *ad regul.* 8. *Cancel. Gloſ.* 18. *numer.* 9. Cald. *de Emption. cap.* 10. *à numer.* 46. Gabriel Pereira *de Manu Regia*, 1. *p. cap.* 16. *numer.* 27. Martha, *de Iuriſdict.* 4. *p. caſu* 122. *numer.* 16. Guttier. *QQ. practic. lib.* 2. *quæſtion.* 49. *numer.* 5. Stephan. Gratian. *cap.* 641. & cæteri omnes. Quæ ratio probat, quòd etiam quando dicti cohæredes circa judicem diſcordarent, volente laico adire judicem ſæcularem, & clerico judicem Eccleſiaſticum, debet clericus prævalere.

246 Quòd autem poſsint etiam eligere judicem laicum, facilè probatur; quia in primis id non repugnat ex parte cohæredis laici, vt per ſe conſtat. Deinde non repugnat etiam ex parte clerici, quia clericus adeundo ſponte ſua judicem laicum pro inuentario ejus auctoritate conficiendo, non accedit ad illum vt reus, ſed potiùs vt actor, petendo ab illo, vt pro authoritate, & officio quo fungitur, præcipiat tabellioni, vel notario ſæculari, vt conficiat ſcripturam inuentarij, vt ſit authenticum, & fidem faciat. In quo nihil eſt, quod immunitatem vel dignitatem clericalem offendat. Qua ratione admittit Oliua *de Foro Eccleſiæ quæſtion.* 30. *numer.* 32. clericum hæredem non citatum poſſe adire ſæcularem judicem, & petere ab eo publicationem teſtamenti: ſicut poteſt ab illo petere, vt præcipiat tabellioni, vel notario ſæculari, vt conficiat ſcripturam alicujus contractus: vel vt inſtrumentum præ vetuſtate corruptioni vicinum exemplari faciat in forma authentica per tabellionem laicum. Quod vltimum probat ex traditis per Butr. Abbatem, & Felin. *in c. vlt. de Fide inſtrum.*

Dices, obſtare huic reſolutioni, quòd judex, cujus authoritate inuentarium conficitur, ſolet præſtare juramentum hæredi de eo fideliter faciendo, vt de praxi hujus regni Luſitani teſtatur Valaſc. *conſult.* 52. *numer.* 25. *fine*. Iudex autem ſæcularis, cùm non ſit Superior clerici, non videtur poſſe ab illo tale juramentum exigere, nec ipſe clericus illud præſtare abſque licentia Epiſcopi; quemadmodum non poteſt jurare tanquam teſtis in judicio ſæculari abſque Epiſcopi licentia, vt eſt communis omnium ſententia; cùm abſque legitima facultate nullo modo ſe ſubjicere poſsit poteſtati ſæculari. 247

Reſpondetur illud juramentum non obſtare, quia judex ſæcularis non exigit illud abſolutè, cogendo clericum jurare tanquam ſubditum, velit, nolit; ſed ex ſuppoſitione, quòd ille vult facere inuentarium authenticum: vnde nullam juriſdictionem in eum exercet, ſed ſolùm admittit vt faciat, quod ad ſuum commodum eſt neceſſarium: quod neque ipſi judici, neque clerico prohibitum eſt, vt in ſimili docet Sanch. *lib.* 3. *in Decal cap* 6. *n.* 55. *fine*, vbi aſſerit, miniſtros ſæculares 248

cuſtodientes vrbem tempore peſtis, licitè exigere à clericis, & Religioſis ad eam venientibus, vt jurent ſe non venire à locis infeſtis, quia non vi illata, ſed ex ſuppoſitione, quòd velint ingredi vrbem, tale juramentum exigunt. Alioqui neque quando ſolus clericus peteret, & citandus eſſet laicus, ad confectionem inuentarij, poſſet adiri judex ſæcularis; cùm in eo etiam caſu præſtandum ſit juramentum tali clerico: contrarium autem probatum eſt *ſupra, numer.* 243. In juramento autem quod præſtatur à clerico vt teſte; eſt diuerſa ratio, quia non exigitur ab illo ex aliqua ſuppoſitione ipſi voluntaria; ſed ex mandato judicis abſolutè præcipientis, vt deponat cum juramento de re circa quam interrogatur: vnde manifeſtè ſe illi ſubjicit, & tanquam Superiori obedit, ſi illud præſtet; & ideo neceſſaria eſt licentia Epiſcopi, vt licitè id faciat, quanuis abſque ea validum ſit teſtimonium, vt DD. communiter admittunt.

249 Ex prædictis colliges, quòd etiam quandò ſolus clericus inſtitutus eſt, poteſt poſt aditam hæreditatem accedere ad judicem ſæcularem pro conficiendo inuentario, ſi judex Eccleſiaſticus non præueniat cogendo illum, vt inuentarium faciat, quando ad id tenetur. Nam fundamenta proximè adducta pro ſuperiore reſolutione, id etiam conuincunt, vt ea conſideranti patebit: cogere autem clericum vt inuentarium faciat, ad ſolum judicem Eccleſiaſticum ſpectat, cùm ea coactio ſit actus Superioris, qualis reſpectu clerici eſt ſolus judex Eccleſiaſticus.

250 Illud etiam hic notandum: quando clericus, & laicus ſimul hęredes exiſtunt, licèt ſimul teneantur inuentarium conficere, ideſt, coram vno & eodem judice, vt conſtat ex dictis, *numer.* 245. & vniuerſim loquendo tradit Valaſc. *conſult.* 52. *numer.* 34. *tom.* 1. quoties plures ſunt hæredes: id tamen intelligitur, niſi vnus id alteri committat ad vitandam moleſtiam, & *expenſas*, vt aduertit idem Valaſc. cum Salicet. Iacobin. & alijs. Et quidem quando clericus, & laicus ſimul fuerint hæredes, & voluerint inuentarium fieri in foro ſæculari, juxta ſupra dicta, conueniens erit vt clericus hoc negotium committat laico, quia tunc non oportebit clericum comparere coram judice ſæculari, meliùsque dignitati, & immunitati clericali conſuletur.

Sextus caſus eſt, quando defunctus teſtatus eſt ad cauſam piam In hoc caſu conſtat primò ex ſupra dictis, ſi teſtator erat clericus, & hæreditas nondum ſit adita, pertinere confectionem inuentarij ad judicem Eccleſiaſticum. Nam ſi quando clericus inſtituit clericum, vel laicum, confectio inuentarii ſpectat ad judicem Eccleſiaſticum, ſi hæreditas non ſit adita, licèt teſtamentum ſit ad cauſam non piam, vt probatum eſt *ſupra, numer.* 235. *&* *numer.* 238. à fortiori ad eum ſpectabit condito teſtamento ad cauſam piam, cujus cura maximè ad Eccleſiam ſpectat. Conſtat ſecundò, ſi teſtator erat laicus, pertinere confectionem inuentarij ante aditam hæreditatem ad judicem ſæcularem, ob illam generalem rationem ſæpius inculcatam, quòd hæreditas, dum non eſt adita, repræſentat defunctum; vnde cùm is fuerit laicus, ad laicum etiam judicem inuentarium bonorum illius ſpectat. Cui non obſtat, eſſe talia bona relicta piæ cauſæ; quia etiam relicta pia ad curam, & prouidentiam poteſtatis ſæcularis ſpectant, vt conſtat ex ſupra traditis *ſect.* 1. §. 5. *numer.* 50. & tenent communiter DD. per text. *in l. Hæreditas, ff. de Petition. hæredit.* vbi ſcribentes communiter, & in *Authentic. De Eccleſiaſtic. titul.* §. *Si quis ad ædificationem* .. quibus accedit jus Luſitan. *lib.* 1. *Ordination. titul.* 62. §. 13. *&* *ſequentib.* & ita docet Oliua *de Foro Eccleſiæ, part.* 2. *quæſtion.* 31. *numer.* 30. Addo tamen, etiam in hoc euentu 251

fieri

Digitized by Google

fieri poſſe inuentarium apud judicem Eccleſiaſticum data præuentione; quia licèt talis hæreditas non adita repræſentet defunctum laicum, & vt ſic inuentarium de bonis in ea relictis pertineat ad forum laicum; attamen cùm ſint relicta ad piam cauſam, atque adeo in bonum animæ ipſius teſtatoris, non minùs, imò magis eorum inuentarium ſpectat ad forum Eccleſiæ, cui præcipuè incumbit prouidere in ijs, quæ ad bonum animarum ordinantur.

252 Si autem hæreditas jam ſit adita; credit Oliua, *vbi ſupra*, confectionem inuentarij eſſe miſti fori, ſiue teſtator fuerit clericus, ſiue laicus; quia hæreditas ad pias cauſas relicta in vtroque foro peti poteſt, juxta communem ſententiam, pro qua plurimos DD. refert. Diſtinguendum tamen eſt. Nam vel talis hæreditas relicta eſt alicui perſonæ Eccleſiaſticæ veræ, vel fictæ, quæ per aditionem dominium illius acquiſiuit, vt ſi relicta eſt alicui clerico pauperi, vel alicui Eccleſiæ, aut Monaſterio, vel Hoſpitali authoritate Epiſcopi erecto. Et in hoc caſu ad ſolum judicem Eccleſiaſticum ſpectat confectio inuentarij. Quia eo ipſo quod bona defuncti tranſierunt in dominium Eccleſiæ, vel perſonæ Eccleſiaſticæ, effecta ſunt Eccleſiaſtica, vel quaſi Eccleſiaſtica, in quibus ſolus judex Eccleſiaſticus ſe intromittere poteſt, *cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ, de Conſtit.* & patet ex ſupradictis *numer.* 235. vbi cum multis DD. oſtendimus, quòd quando teſtator laicus inſtituit clericum, ſi is jam adiuit hæreditatem pertinet confectio inuentarij ad judicem Eccleſiaſticum: quod procedit etiamſi hęreditas relicta ſit ad ad cauſas non pias, nedum quando eſt relicta ad cauſas pias, vt in præſenti.

253 Vel eſt relicta certæ perſonæ, aut perſonis laicis, vt vni, aut duabus puellis pauperibus, vt nubere poſſint, vel alicui Hoſpitali, alteriue loco pio à ſæculari poteſtate non exempto; quibus per aditionem acquiſitum eſt dominium bonorum. Et in hoc caſu veram cenſeo ſententiam Oliuæ *numer. præcedenti*, relatam, quòd ſcilicet confectio inuentarij eſt miſti fori, ſiue teſtator fuerit clericus, ſiue laicus. Nam licèt per aditionem acquiſita fuerit hæreditas perſonæ laicæ, ejuſque conditionem ſequatur, vt poſsit judex laicus ſe intromittere ad conficiendum ejus inuentarium; attamen cùm relicta ſit ad pias cauſas, pertinet etiam ejus inuentarium ad forum Eccleſiæ, ad cujus poteſtatem, & prouidentiam maximè attinent, quę ad pietatem, & bonum animarum ſpectant. Quo fit vt relicta ad pias cauſas in vtroque foro peti poſsint, data præuentione: Abbas *in cap. Relatum*, 1. *in fine, de Teſtament.* Couar. *in cap. Ioannes, in fine eodem titul.* Tiraquel. plurimos referens *tract. de Priuileg. cauſæ piæ, priuileg.* 149. Guttier. *Pract. qq. lib. 2. quæſtion.* 48. *numer.* 2. Gabriel Pereira *de Manu Regia, p.* 1. *cap.* 16. *numer.* 18. Et cæteri Iuriſtæ communiter per text. *in l. Hæreditas, in fine, ff. de Petit. hæredit.* vbi omnes.

Vel denique relicta eſt indefinitè, 254
nullo nominato hærede certo, cui per aditionem dominium bonorum acquiratur, ſed relictis tantùm executoribus vniuerſalibus, vt bona accipiant & expendant in opera pia, vt in redemptionem captiuorum, vel eleemoſynas pauperum, alioſuè vſus pios; vt fit quoties quis in teſtamento dicit, *Se relinquere hæredem ſuam animam, vel pauperes Chriſti*, aut quid ſimile: quo caſu executores habentur loco hæredum, & poſtquam hæreditatem defuncti agnouerunt, tenentur facere inuentarium, & cætera omnia, quæ ad executionem teſtamenti ſpectant, vt in ſuperioribus declaratum eſt. In tali autem caſu dico primò: ſi teſtator erat laicus, poſſunt dicti executores poſt acceptatum officium, & agnitam defuncti hæreditatem facere inuentarium tum apud judicem ſæcularem, tum apud Ec-

Eccleſiaſticum, ſiue ipſi executores ſint laici, ſiue clerici, ſiue partim laici, & partim clerici. Quod poſsint illud facere apud judicem ſæcularem, probatur; quia illa hæreditas, etiam poſtquam eſt agnita per illos executores, repræſentat defunctum, perinde acſi eſſet omnino jacens: nam licèt tales executores habeantur loco hæredum, & ſic illam agnouerint, & quodammodo adierint, attamen non acquiſierunt bonorum dominium, ſed ſolam adminiſtrationem cum facultate ea capiendi & expendendi in opera, & vſus pios à teſtatore præſcriptos: vnde hujuſmodi executores nihil aliud reipſâ ſunt, niſi quidam mandatarij, ſeu procuratores teſtatoris defuncti, *vt §. 1. hujus ſect. in princip.* declaratum eſt; hæreditas autem dum non tranſit in dominium alicujus, eſt verè jacens, & repræſentat teſtatorem defunctum, ejuſque conditionem ſequitur, vt ſæpius in ſuperioribus dictum eſt. Cum igitur defunctus in præſenti fuerit laicus, planè ſequitur pertinere inuentarium hæreditatis, ſeu bonorum illius, ad forum laicum: & ſic apud judicem ſæcularem fieri poſſe, quantumuis executores ſint clerici; cùm hic non habeatur ratio qualitatis executorum, ſed ſolius teſtatoris laici, & ita docet cum alijs Bobadilla *in ſua Politica, lib. 2. cap.* 18. *numer.* 179. *verſ. Taun el Obiſpo teſtamentero de algun lego.* Quod autem etiam apud Eccleſiaſticum poſsit fieri, eoquod ſit de hæreditate relicta ad pias cauſas, conſtat ſatis ex dictis *numer.* 251. *ad finem.*

255 Dico ſecundò; ſi teſtator erat clericus, ſolùm apud judicem Eccleſiaſticum poſſunt dicti executores inuentarium facere, etiam ſi ſint laici, nedum ſi ſint clerici, vel partim clerici, & partim laici. Ita judicatum fuit in Senatu Eccleſiaſtico Curiæ Bracharenſis 12. Nouemb. an. 1642. circa inuentarium Abbatis de Ermello ex allegatis per illuſtriſsimum dominum Alexandrum da Sylua tunc in ea Curia magni jam nominis Senatorem, & nunc meritiſsimum Inquiſitorem contra hæreticam prauitatem in Tribunali Conimbricenſis Inquiſitionis, virum omni doctrinæ, & virtutum genere inſtructiſsimum; quem tum honoris, & beneuolentiæ causâ, tum ut huic reſolutioni authoritatem conciliarem quàm maximam, hìc referre libuit; eo præſertim, quòd ejus ſententia confirmata fuerit in judicio Regiæ coronæ, ad quam pro parte, quæ ſuccubuit, ſupplicatum eſt. Ratio verò patet, quia cùm in caſu propoſito hæreditas clerici defuncti non ſit acquiſita per illos executores, nec in alterius dominium tranſierit, eſt verè ac propriè jacens, & vt ſic repræſentat ipſum clericum defunctum ejuſque immunitate gaudet, vt ſæpius in ſuperioribus oſtenſum eſt. Ergo non poteſt judex laicus ſe intromittere ad faciendum ejus inuentarium, ſed ad ſolum judicem Eccleſiaſticum id ſpectat, etiamſi executores ſint laici; cùm id non tollat quominus talis hæreditas gaudeat immunitate Eccleſiaſtica, ſicut gaudebat defunctus, quem repræſentat. Et hæc pro hac moleſta quæſtione ſufficiant.

§. 11. *Vtrum executori teſtamentario propter obligationes, & onera, quæ ſubit, debeatur aliquod ſalarium?*

SUMMARIUM.

SI teſtator aliquid reliquit executori pro ſalario, vel præmio executionis, debet ei ſolui tanquam debitum, ſaltem ex teſtamento; numer. 256. *Quando autem nihil ei relictum eſt, deberi ei aliquod ſalarium nonnulli affirmant; numer.* 257. *Contraria tamen ſententia præfertur, niſi executio ei eſſet damnoſa, vel haberet aliquam adminiſtrationem adjunctam; num.* 258.

Me-

Merus executor, cui nullum ſalarium conſtitutum eſt, ſolùm tenetur de dolo, & lata culpa; num. 259.

Qui teſtamentum alterius ſcribit poteſt validè, & ſine metu pœnæ, ſe ipſum merum executorem in tali teſtamento ſcribere; num. 260.

256 HÆc quæſtio procedit, quando teſtator executori à ſe electo nullum ſalarium, vel præmium, pro labore executionis reliquit; nam ſi aliquid ei reliquit, certum eſt debere ei ſolui tanquam ei debitum, ſaltem ex teſtamento, & voluntate teſtatoris, quemadmodum debentur legata. Et tunc, ſi tale ſalarium fuerit competens, certum etiam eſt nihil amplius pro ſalario executori deberi, cùm per relictum à teſtatore ei ſatisfactum ſit.

257 Quæſtioni igitur ſic intellectæ reſpondent aliqui, deberi executori pro ſalario decimam bonorum quæ adminiſtrat, quando ejus officium durat: ſic Baeza *de Decima tutoris, cap.* 2. *numer.* 19. & *cap.* 19. *numer.* 20. & 21. idque verum eſſe de jure affirmat Spino *in Specul. teſtament. Gloſ.* 28. *numer.* 79. addit verò, quod de conſuetudine non debetur decima, ſed aliquod ſalarium arbitrio judicis taxandum: & *numer.* 80. limitat, niſi executor datus eſſet tantùm ad pias cauſas: conſonat ex parte Auendan. *lib.* 1. *Prætorum, cap.* 2. *numer.* 8. dicens de conſuetudine ſalarium deberi.

258 Vera tamen ſententia eſt, nullum deberi ſalarium. Quia nullo jure tale debitum probatur; nec praxis illud agnoſcit, ſed potiùs oppoſitum; cùm nec executores vllum ſalarium petere, nec judices illud aſsignare ſoleant. Idque optima ratione, quia hoc munus eſt voluntarium, & ſolùm cauſâ pietatis, vel amicitiæ ſuſcipitur. Atque ita docent Francus *in cap.* 2. *§. Sanè, de Teſtament. in* 6. Guttier. *de Tutelis*, 3. *p. cap.* 45. Simon de Prætis *lib.* 5. *de Interpret. vltim. voluntat. interpret.* 1. *dubit.* 2. *numer.* 21. & 96. Azebed. *lib.* 6. *Recopil. titul.* 4. *l.* 14. *numer.* 7. & *l.* 6. *numer.* 20. Sanch. *lib.* 4. *Opuſcul. cap.* 1 *dub.* 50. *numer.* 2. Lugo *de Iuſtit. tom.* 2. *diſputation.* 24. *ſect.* 16. *numer.* 335. & Diana, *p.* 8. *tract.* 5. *reſolut.* 39. Limitatur autem hæc ſententia, niſi executor propter occupationem executionis aliquam jacturam in ſuis rebus pateretur, vt quia eâ de cauſa non poſſet aliqua ſua negotia gerere, eiue ceſſaret aliquod lucrum, vel damnum emergeret. Vel, niſi executio haberet admiſtam aliquam adminiſtrationem bonorum defuncti. In vtroque enim caſu competens ſalarium illi debet aſsignari per judicem. Ita Azebed. Sanch. & Lugo *loc. cit.*

259 Ex prædicta ſententia colliges primò, merum executorem, cui nullum ſalarium conſtitutum eſt, ſolùm teneri de dolo, & latâ culpâ; vt cum Baldo, Paul. de Caſtr. & Imola tradit Simon de Prætis *dict. dubit.* 2. *numer.* 58. Quia quando aliquis gratis ſe obligat ad aliquid præſtandum circa rem, vel negotium alterius in ſolam ejus vtilitatem, vel gratiam, ſolùm tenetur de dolo, & latâ culpâ, vt ſumitur ex *l. Si vt certo*, 1. *§. Interdum, ff. Commodati*, & *ex l. Contractus*, 24. *ff. de Regul. jur.* & *ex l.* 1. *§. Is quoque, ff. de Actionib.* & *ex §. Præterea, Inſtit. Quibus modis re contrahitur obligat*; traduntque communiter DD. Azor *p.* 3. *lib.* 6 *cap.* 4 *regula* 1. Molin. *tom.* 1. *de Iuſtit. diſputation.* 295. *§. Hæc autem regula*, Leſsius *lib* 2. *de Iuſtit. cap.* 7. *dub.* 8. *numer.* 41. Rebel. *p.* 2. *lib.* 1. *quæſtion.* 10. *numer.* 10. & alij, cum Gloſ. *in dict. l. Contractus, ff de Regul. jur.*

260 Colliges ſecundò, notarium, & quicumque teſtamentum alterius ſcribit, poſſe validè, & ſine metu illius pœnæ, ſe ipſum merum executorem in tali teſtamento ſcribere, ut optimè notauit Simon de Prætis *dict. dubit.* 2. *numer.* 59. Quia licèt per leges ſtrictè, & ſub pœna falſi, vetitum ſit, ne quis ſibi aliquid aſcribat in teſtamento alterius, *l. Si quis legatum, in princip. ff. de Falſis*, &

& *l.* 3. *Cod. de His, qui ſibi aſcrib. in teſtament.* Id intelligitur de eo, qui aliquid in ſuum commodum aſcribit: qui autem ſe merum executorem aſcribit, nullum exinde poteſt ſentire commodum, ſed onus, & laborem; cùm vt ſupponimus, nullum ei tribuatur ſalarium, vel præmium, ſed nudum executoris munus. Et hæc ſatis pro hac materia de Executione teſtamenti.

LAVS DEO,

VIRGINIQUE MATRI.

Grauiorum Erratorum Syllabus.

P*Agina* 6. *column.* 1. *linea* 10. *& pagina* 7. *column.* 2. *linea* 12. Breuiloca, *corrige*, Breuiloqua. *Pagin.* 11. *col.* 1. *lin.* 45. gederalibus, *corrige*, generalibus. *Pagin.* 12. *col.* 1. *lin.* 7. ſi, *corrige*, ſi. *Pag.* 17. *col.* 2. *lin.* 38. quoa, *corrige*, quod. *Pag.* 23. *col.* 1. *lin.* 21. ſubſtitutlo, *corrige*, ſubſtitutio. *Pag.* 23. *col.* 2. *lin.* 29. ſobſtitutionem, *corrige*, ſubſtitutionem. *Pag.* 26. *col.* 1. *lin.* 26. teſmento, *corrige*, teſtamento. *Pag.* 28. *col.* 2. *lin.* 19. riuera, *corrige*, reuera. *Pag.* 29. *col.* 2. *lin.* 9. l. Cu, *corrig* l. Cum. *Pag.* 33. *col.* 1. *lin* 41. inſtitus, *corrige*, inſtitutus. *Pag.* 41. *col.* 2. *lin.* 37. inſtitum, *corrig.* inſtitutum. *Pag* 46. *col.* 2. *lin.* 1. contemplatiope, *corrige*, contemplatione. *Pag.* 65. *col* 2. *lin.* 22. dictum, *corrig* edictum. *Pag.* 110. *col.* 2. *lin.* 36. contingerit, *corrige*, contigerit. *Pag.* 123 *col.* 1. *lin* 23. *& pag.* 123. *col.* 2. *lin* 21. d. vlt. *corrige*, d. l. vlt. *Pag.* 126. *col.* 2 *lin.* 17. jom, *corrige*, jam. *Pag.* 133. *col.* 2. *lin.* 40. le, *corrige*, de. *Pag.* 135. *col.* 2. *lin.* 3. ettam, *corrige*, etiam. *Pag.* 152. *col.* 2. *lin.* 2. queque, *corrige*, que. *Pag.* 160. *col.* 2. *lin.* 33. fius, *corrige*, filius. *Pag.* 162. *col.* 1. *lin.* 32. dicto, *corrige*, dictio. *Pag.* 193. *col.* 1. *lin.* 13. vtrum ejus, *corrige*, vtrum per ejus. *Pag.* 194 *col.* 2. *lin.* 10. confirmata, *corrige*, confirmatæ. *Pag.* 209. *col.* 1. *lin.* 22. pentius, *corrige*, penitus. *Pag* 213. *col.* 1. *lin.* 1. dicere, *corrige*, diceret. *Pag.* 217. *col.* 1. *lin.* 8. parternæ, *corrige*, paternæ. *Pag.* 260. *col.* 2. *lin.* 31. patenam, *corrige*, paternam. *Pag.* 264. *col.* 1. *lin.* 40. pudillus, *corrige*, pupillus. *Pag.* 272. *col.* 1. *lin.* 9. laborantem, *corrige*, laboranti. *Pag.* 272. *col.* 2. *lin.* 22. ect, *corrige*, eſt. *Pag.* 306. *col.* 1. *lin.* 34. leuitima, *corrige*, legitima. *Ibidem, lin.* 38. pemittantur, *corrige*, permittantur. *Pag.* 320. *col.* 1. *lin.* 33. concludentur, *corrige*, concludenter. *Pag.* 335. *col.* 2. *lin.* 12. reſolutionum, *corrige*, reſolutionem. *Pag.* 364. *col.* 1. *lin.* 28. nrceſſariò, *corrige*, neceſſario. *Pag* 365. *col.* 2. *lin.* 37. condititio, *corrige*, conditio. *Pag.* 370. *col.* 2. *lin.* 6. cerebo, *corrige*, cerebro. *Pag.* 393. *col.* 2. *lin.* 29. ſubſtitus, *corrige*, ſubſtitutus. *Pag.* 394 *col.* 1. *lin.* 18. fic, *corrige*. ſic. *Pag.* 403. *col.* 2. *lin.* 9. teſtoris, *corrige*, teſtatoris. *Pag.* 405. *col.* 1. *lin.* 36. alis, *corrige*, alijs, *Pag.* 439. *col.* 1. *lin.* 50. cotem, *corrige*, dotem. *Pag.* 473 *col.* 1. *lin.* 14. hydothecæ, *corrige*, hypothecæ. *Pag.* 474. *col.* 1. *lin.* 32. caſui ntelligatur, *corrige*, caſu intelligatur. *Pag.* 498. *col.* 1. *lin.* 27. diſpoſitiio, *corrige*, diſpoſitio; *& lin.* 28. detrahrnda, *corrige*, detrahenda. *Pag.* 507. *col.* 2. *lin.* 1. ſubſtitutio, *corrige*, ſubſtituto. *Pag.* 516. *col.* 2 *lin.* 17. nominantim, *corrige*, nominatim. *Ibidem lin.* 20. grauaius, *corrige*, grauatus. *Pag.* 532. *col.* 1. *lin.* 45. ſuccendi, *corrige*, ſuccedendi. *Pag.* 537. *col.* 1. *lin.* 32. ſucceſgone, *corrige*, ſucceſsione: *& col.* 2. *lin* 44. ſpeciato, *corrige*, ſpectato. *Pag* 538. *col.* 2 *lin.* 4. aum, *corrige*, cum. *Pag.* 551. *col.* 1. *lin* 8. nerui, *corrige*, nurui. *Pag.* 570. *col.* 1. *lin.* 27. ſeùcndum, *corrige*, ſecundùm. *Pag.* 572. *col.* 1. *lin.* 28. redudiauit, *corrige*, repudiauit. *Pag.* 576. *col.* 2. *lin.* 29. vino, *corrige*, viuo. *Pag* 582. *col.* 1. *lin.* 2 ſolemitate, *corrige*, ſolemnitate: *& pag.* 583. *col.* 2 *lin.* 36. offertur, *corrige*, affertur. *Pag.* 585. *col.* 1. *lin.* 1. ſubjaceat, *corrige*, ſubjacet. *Pag.* 588. *col.* 2. *lin.* 50. poſsit, *corrige*, poſsint. *Pag.* 589. *col.* 1 *lin.* 39. *& pag.* 590. *col.* 1. *lin.* 7. *& pag.* 591. *col.* 1. *lin.* 18. persbyteros, *corrige*, presbyteros. *Pag.* 590. *col.* 1. *lin.* 15. acquſita, *corrige*, acquiſitæ: *& lin.* 35. aduentitij, *corrige*, aduentitijs. *Pag* 593. *col.* 1. *lin.* 47. caculo, *corrige*, calculo: *& col.* 2. *lin.* 43. renuntiationis, *corrige*, renuntiationi. *Pag.* 597. *col.* 2. *lin.* 36. reuecabilis, *corrige*, reuocabilis. *Pag.* 613. *col.* 1. *lin.* 30. expreſſiſet, *corrige*, expreſsiſſet: *& col.* 2. *lin.* 20. ſen, *corrige* ſeu: *& lin.* 49. exredare, *corrige*, exhæredare. *Pag.* 620. *col.* 2. *lin.* 30 aliqui, *corrige*, aliquis: *& lin.* 37. inteſtaio, *corrige*, inteſtato: *& lin.* 50. hæredem, *corrige*, hæredum. *Pag.* 624. *col.* 1. *lin.* 15. diſpogtione, *corrige*, diſpoſitione: *& lin.* 18 ipſorum, *corrige*, ipſarum: *& lin.* 30. gaauibus, *corrige*, grauibus. *Pag.* 627. *col.* 2. *lin.* 3. quemadmo, *corrige*, quemadmodum. *Pag.* 631. *col* 2. *lin* 31. poles, *corrige*, proles. *Pag.* 643. *col.* 1. *lin.* 22. hobeat, *corrige*, habeat. *Pag.* 651. *col.* 1. *lin.* 3. impetratum, *corrige*, impetratam. *Pag* 653. *col.* 1. *lin.* 49. nſt, *corrige*, eſt. *Pag.* 664. *col.* 1. *lin.* 18. ſuccebilis, *corrige*, ſucceſsibilis. *Pag.* 674. *col* 1. *lin.* 30. debita, *corrige*, debitæ. *Pag.* 700. *col.* 2. *lin.* 26. cauſula, *corrige*, clauſula. *Pag.* 708. *col.* 1. *lin.* 9. teſtamentem, *corrige*, teſtamentum: *& lin.* 37. leberos, *corrige*, liberos. *Pag.* 710 *col.* 2. *lin.* 25. debelius, *corrige*, debilius. *Pag.* 731. *col.* 2. *lin.* 20. confimetur, *corrige*, confirmetur. *Pag.* 736. *col.* 1. *lin.* 25. impenditur, *corrige*, impeditur. *Pag.* 749. *col.* 1. *lin.* 10. cauſas cauſas, *corrige*, cauſas. *Pag* 807. *col.* 1. *lin.* 18 iiberare, *corrige*, liberare.

A0+ A319619

Digitized by Google

[illegible] Goog